

**Die Begriffe des herrschenden und abhängigen Unternehmens
im Recht des Unterordnungskonzerns des Aktiengesetzes 1965**

**Dissertation, vorgelegt der Rechts- und Wirtschafts-
wissenschaftlichen Fakultät der Johannes Gutenberg-
Universität in Mainz zur Erlangung des Grades eines
Doktors der Rechtswissenschaft (Dr. jur.).**

1973

vorgelegt von Regierungsrat z. A. Wieland Birkenbach

1972

**Die Begriffe des herrschenden und abhängigen Unternehmens
im Recht des Unterordnungskonzerns des Aktiengesetzes 1965**

**Dissertation, vorgelegt der Rechts- und Wirtschafts-
wissenschaftlichen Fakultät der Johannes Gutenberg-
Universität in Mainz zur Erlangung des Grades eines
Doktors der Rechtswissenschaft (Dr. jur.).**

1973

vorgelegt von Regierungsrat z. A. Wieland Birlenbach



Erstberichterstatter : Prof. Dr. Müller
Zweitberichterstatter: Prof. Dr. Bärmann

Tag der mündlichen Prüfung: 13. Juli 1972

INHALTSÜBERSICHT

Inhaltsverzeichnis	II ff
Literaturverzeichnis	VII ff
Abkürzungsverzeichnis	XXXII
Einleitung: Konzern und Konzentration	1 ff
Erstes Kapitel: Der Unterordnungskonzern	16 ff
Zweites Kapitel: Lösungsversuche zur Bestimmung des Unternehmensbegriffs im Recht des Unterordnungskonzerns	38 ff
Drittes Kapitel: Der Begriff des herrschenden Konzernunternehmens	80 ff
Viertes Kapitel: Der Begriff des abhängigen Konzernunternehmens	186 ff
Zusammenfassung	207 ff

INHALTSVERZEICHNIS

<u>Einleitung:</u>	Konzern und Konzentration.	1 ff
§ 1	Konzernbeziehungen im Wirtschaftsleben.	1 ff
§ 2	Begriff, Ursachen und Auswirkungen der Konzentration.	3 ff
	1. Begriff	3
	2. Ursachen und Motive	4
	3. Auswirkungen	5
§ 3	Die Formen der Konzentration.	9 ff
	1. Überblick	9
	2. Abgrenzung des Konzerns vom Kartell und Trust	10
	a) vom Kartell	11
	b) vom Trust	14
	<u>Erstes Kapitel:</u> Der Unterordnungskonzern.	16 ff
§ 4	Konzern und Konzernrecht.	16 ff
	1. Das Konzernproblem	16
	2. Das Konzernrecht	16
§ 5	Der Tatbestand des Unterordnungskonzerns im Aktiengesetz.	18 ff
	1. Die rechtliche Selbständigkeit	19
	2. Die Zusammenfassung	20
	a) Möglichkeiten der Zusammenfassung	20
	b) Die Unterscheidung Vertragskonzern ./.	24
	faktischer Konzern	25
	3. Die Abhängigkeit	25
	a) Der Abhängigkeitstatbestand	25
	b) Die mittelbare Abhängigkeit	25
	c) Die Doppelabhängigkeit	26
	4. Die einheitliche Leitung	27
§ 6	Die einheitliche Leitung insbesondere.	27 ff
	1. Die Vereinheitlichung der Leitung	27
	2. Entscheidungsinhalt und Entscheidungswirkung bei einheitlicher Leitung	28
	3. Die Konzernstruktur	30
§ 7	Die Rechtsnatur des Konzerns.	33 ff
§ 8	Positive und negative Effekte der Konzernbildung.	34 ff

Zweites Kapitel: Lösungsversuche zur Bestimmung
des Unternehmensbegriffs im Recht des Unter-
ordnungskonzerns.

38 ff

§ 9	Anhaltspunkte für die Definition aus den Erwägungen zur Bildung eines allgemeinen Unternehmensbegriffs.	38 ff
1.	Die Erwägungen zum allgemeinen Unternehmensbegriff	38
a)	Versuche zur Bildung eines objektiven Unternehmensbegriffs	39
b)	Versuche zur Bildung eines subjektiven Unternehmensbegriffs	40
2.	Die Bedeutung dieser Erwägungen	41
§ 10	Anhaltspunkte für die Definition aus dem Wortlaut der gesetzlichen Regelung des Rechts des Unterordnungskonzerns.	43 ff
1.	Anhaltspunkte aus dem Aktiengesetz überhaupt	43
2.	Anhaltspunkte aus dem Oberbegriff "verbundene Unternehmen"	43
3.	Die Bezeichnung als herrschendes (Konzern-) Unternehmen	44
a)	im Recht des Vertragskonzerns	44
b)	im Recht des faktischen Konzerns	44
4.	Die Bezeichnung als abhängiges (Konzern-) Unternehmen	49
5.	Konsequenzen für die weitere Fragestellung	49
§ 11	Erläuterung der im Unterordnungskonzern kollidierenden, konzernrechtlich relevanten Interessen.	51 ff
1.	Interessenkollision und Interessenentscheidung	51
2.	Der Interessenschutz im Konzernrecht des Aktiengesetzes	53
a)	Schutz der abhängigen AG	53
b)	Schutz der Gläubiger der abhängigen AG	55
c)	Begriff und Schutz der außenstehenden Aktionäre	56
d)	Die Berücksichtigung des Konzerninteresses	60
3.	Die Suche nach den fundierenden Interessen	61
a)	der außenstehenden Aktionäre	61
b)	der abhängigen AG	63
c)	der Gläubiger der abhängigen AG	64
d)	des Konzerns	67
4.	Zusammenfassung	69
§ 12	Die Auffassungen der Konzernrechtsliteratur zu den Begriffen des herrschenden und des abhängigen (Konzern-) Unternehmens.	70 ff
1.	Auffassungen zum "herrschenden (Konzern-) Unternehmen"	70
a)	Darstellung der Auffassungen	70
b)	Kritik an den funktionalen Definitionsversuchen	74

c) Kritik an den institutionalen Definitionsversuchen	75
2. Auffassungen zum "abhängigen (Konzern-) Unternehmen"	78
3. Ergebnis	79

Drittes Kapitel: Der Begriff des herrschenden Konzernunternehmens. 80 ff

A. Der Großaktionär als herrschendes Konzernunternehmen.	81 ff
--	-------

§ 13 Der ein Gewerbe betreibende Großaktionär.	82 ff
1. Die Erläuterung des Gewerbebegriffs in der konzernrechtlichen Literatur	82
2. Eigene Auffassung vom "Gewerbebetrieb" in diesem Zusammenhang	86

§ 14 Die juristischen Personen und rechtlich selbständigen Sondervermögen des öffentlichen Rechts.	92 ff
1. Die Auffassungen der konzernrechtlichen Literatur	92
2. Die Gemeinden als Inhaber wirtschaftlicher Unternehmen	96
a) Die Rechtslage nach den Gemeindeordnungen	96
b) Das kommunale "wirtschaftliche Unternehmen" und dessen Abgrenzung von der sonstigen gemeindlichen Tätigkeit	97
c) Die Qualifizierung der Gemeinden als herrschende Konzernunternehmen	106
3. Bund und Länder als Inhaber rechtlich unselbständiger Unternehmen	110
4. Bundesbahn und Bundespost	113

§ 15 Der "private" Großaktionär.	116 ff
----------------------------------	--------

§ 16 Der ohne die Absicht der Ertragserzielung selbständig am Wirtschaftsleben teilnehmende Großaktionär.	119 ff
---	--------

§ 17 Kleinunternehmungen.	124
---------------------------	-----

§ 18 Herrschendes Konzernunternehmen kraft Rechtsform?	125 f
--	-------

§ 19 Die freien Berufe.	126 ff
1. Die Beurteilung der Freien Berufe durch die Literatur	126
2. Eigene Auffassung	131

§ 20 Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts.	136 ff
1. Die ein Gewerbe betreibende GbR, insbesondere die Arbeitsgemeinschaft	137
2. Die GbR ohne Gewerbebetrieb	139
a) Die Voraussetzungen der Qualifizierung als herrschendes Konzernunternehmen	139

	b) Insbesondere: das Gemeinschaftsunternehmen	142
	c) Die Schwierigkeiten der Rechtsanwendung	143
§ 21	Die Erbengemeinschaft.	144
§ 22	Der Verein.	145
§ 23	Die Genossenschaft.	145 f
§ 24	Der Großaktionär mit mehreren Beteiligungen.	147 ff
	1. Die privatrechtlichen Personen	147
	a) Die Auffassungen der Literatur	147
	b) Eigene Beurteilung	149
	c) Die Holdinggesellschaft insbesondere	156
	2. Die juristischen Personen öffentlichen Rechts	157
§ 25	Der Treuhänder.	159 ff
§ 26	B. Der Alleinaktionär als herrschendes Konzernunternehmen.	162 ff
	1. Der privatrechtliche Alleinaktionär	162
	a) Der Alleinaktionär einer AG	162
	b) Der Alleinaktionär zweier AGen	162
	2. Das konzernrechtliche Verhältnis der Gemeinden zu ihren Eigengesellschaften	164
§ 27	C. Der aufgrund sonstiger faktischer Tatsachen (außer der Beteiligung) Herrschende als herrschendes Konzernunternehmen.	165 ff
	1. Die verschiedenen Beherrschungsmöglichkeiten	165
	2. Einwendungen gegen die Anwendung der §§ 311 ff AktG auf diese faktische Abhängigkeit	171
§ 28	D. Der Partner eines Beherrschungsvertrages als herrschendes Konzernunternehmen.	172 ff
	1. Begriff und Rechtsnatur des Beherrschungsvertrages	173
	2. Die Qualifizierung als herrschendes Konzernunternehmen	176
	3. Die Schwierigkeiten der Rechtsanwendung	178
§ 29	E. Die Hauptgesellschaft als herrschendes Konzernunternehmen.	180 ff
	1. Fragestellung	180
	2. Die Entscheidungsmöglichkeiten	180
	3. Die Beurteilung der Möglichkeiten	181

Viertes Kapitel: Der Begriff des abhängigen Konzernunternehmens. 186 ff

- § 30 Begriffliche Folgerungen aus der konzernrechtlichen Interessenlage. 186 ff
1. Der Gang der Untersuchung 186
 2. Das finanzielle Interesse des abhängigen Konzernunternehmens 188
 3. Die Verwirklichung einer Leistungskonzeption als entscheidendes Merkmal 193
 4. Der begriffliche Umfang des "abhängigen Konzernunternehmens" 194
- § 31 Die juristischen Personen und rechtlich selbständigen Sondervermögen des öffentlichen Rechts. 195 f
- § 32 Die freien Berufe. 196 ff
- § 33 Kleinunternehmungen. 198 f
- § 34 Abhängiges Konzernunternehmen kraft Rechtsform? 199 f
- § 35 Gesellschaft bürgerlichen Rechts, Erbengemeinschaft, Verein. 200 f
- § 36 Die Genossenschaft. 201 ff
- § 37 Der Großaktionär mit mehreren Beteiligungen. 203 ff
1. Die Auswirkungen der bisherigen Feststellungen auf die Position dieses Großaktionärs 203
 2. Auswirkungen der Abhängigkeit des Großaktionärs 204
 3. Holdinggesellschaften als abhängige Konzernunternehmen? 205
- § 38 Der Treuhänder. 206
- § 39 Zusammenfassung. 207 ff

L I T E R A T U R V E R Z E I C H N I S

- ADLER-DÜRING-SCHMALTZ Rechnungslegung und Prüfung der Aktiengesellschaft; 4.A.; Stuttgart 1968.
2.A.; Stuttgart 1948.
3.A.; Stuttgart 1957.
- ALBACH, H. Die Rechtsverhältnisse verbundener Unternehmen; NB 1966/203 ff.
Probleme der Ausgleichszahlung und Abfindung bei Gewinnabführungsverträgen nach dem Aktiengesetz 1965; AG 1966/ 180 ff.
- AMTL. BEGRÜNDUNG Amtliche Begründung eines Aktiengesetzes, Bundestagsdrucksache IV/171.
- ARBEITSKREIS HARDACH
DER SCHMALENBACH-GESELL- Gemeinschaftsunternehmen;
SCHAFT ZfbF 1969/ 1 ff.
- ARBEITSKREIS KRÄHE DER
SCHMALENBACH-GESELL- Unternehmungsorganisation; Band 19
SCHAFT der Veröffentlichungen der Schma-
lenbach-Gesellschaft; 4.A.;
Köln/Opladen 1963.
Konzernorganisation; Band 20 der
Veröffentlichungen der Schma-
lenbach-Gesellschaft; 2.A.; Köln/
Opladen 1964.
- ARNDT, HELMUT Die Konzentration der westdeut-
schen Wirtschaft; Pfullingen 1966.
- ARNDT-OLLENBURG Begriff und Arten der Konzentra-
tion, in Konzentration (Arndt)
Bd. 1, S. 3 ff.
- AUSSPRACHE, MARBURGER Marburger Aussprache zur Aktien-
rechtsreform, durchgeführt vom
Institut für Handels- und Wirt-
schaftsrecht im Rahmen des Forum
Philippinum der Universität Mar-
burg am 29./30. Mai 1959; Mar-
burg 1959.

- BACHELIN, HERWIG Der konzernrechtliche Minderheitenschutz - Die Stellung des außenstehenden Aktionärs in Unternehmensverbindungen; Köln 1969.
- BALLERSTEDT, KURT Handels- und gesellschaftsrechtliche Probleme der Organschaft; DB 1956/ 813 ff., 837 ff.
- Die Verfassung der Aktiengesellschaft und der Organschaftsvertrag; DB 1957/ 837 ff.
- Gesellschaftsrechtliche Probleme der Unternehmenskonzentration, in Konzentration (Arndt) Bd II, S. 871 ff.
- Der gemeinschaftliche Zweck als Grundbegriff der Personengesellschaften; JuS 1963/ 253 ff.
- BAUMBACH-DUDEN Handelsgesetzbuch; 18.A.; München 1968.
- BAUMBACH-HUECK Aktiengesetz; 13.A.; München 1968.
12. A.; München u. Berlin 1965.
- BECKMANN-PAUSENBERGER Gründungen, Umwandlungen, Fusionen, Sanierungen; Wiesbaden 1961.
- BEITRÄGE AKTIENRECHTS-REFORM Beiträge zur Aktienrechtsreform, herausgegeben von Hengeler und Kreifels; Heidelberg 1959.
- BEITRÄGE HANDELSRECHT Beiträge zum Handels- und Wirtschaftsrecht, herausgegeben von Ernst Wolff; Berlin u. Tübingen 1950.
- BEITRÄGE WIRTSCHAFTS-RECHT Beiträge zum Wirtschaftsrecht, herausgegeben von F. Klausning, H.C. Nipperdey und A. Nußbaum; zwei Bände; Marburg 1951.
- BERNHARDT, WOLFGANG Mitteilungs-, Bekanntmachungs- und Berichtspflichten über Beteiligungen nach neuem Aktienrecht; BB 1966/ 678 ff.
- BETRIEBSGRÖSSE Betriebsgröße und Unternehmungskonzentration, Heft 10 der Nürnberger Abhandlungen zu den Wirtschafts- und Sozialwissenschaften; Berlin 1959.

- BEUTHIEN, VOLKER Art und Grenzen der aktienrechtlichen Haftung herrschender Unternehmen für Leitungsmißbrauch; DB 1969/ 1781 ff.
- Unternehmenskonzentration und Kleinaktionärsschutz; JuS 1970/ 53 ff.
- BOCHENSKI, I. M. Die zeitgenössischen Denkmethode; 3. A.; Bern u. München 1965.
- BÜCKLI, PETER Das Aktienstimmrecht und seine Ausübung durch Stellvertreter; Basel 1961.
- BCHM, FRANZ Der Zusammenhang zwischen Eigentum, Arbeitskraft und dem Betreiben des Unternehmens, in Festgabe Kronstein S. 11 ff.
- BOLSENKÖTTER, HEINZ Zum aktienrechtlichen Begriff des Unternehmens; DB 1967/ 1098 ff.
- BRANDI, HERMANN Die zivilrechtliche Stellung der Organgesellschaft; Diss. Göttingen 1931.
- BRANDT, KARL Konzentration und wirtschaftliche Entwicklung, in Konzentration (Arndt) Bd III, S. 1471 ff.
- BRAUKSIEPE, JOCHEN Zum Unternehmensbegriff des neuen Aktienrechts. - Verhältnis zwischen Gemeinden und ihren Eigengesellschaften.- ; BB 1966/ 869 ff.
- BRAUN VON STUMM, EGBERT Die Dachgesellschaften im Aufbau deutscher Konzerne unter besonderer Berücksichtigung der Familienkonzerne; Stuttgart u. Berlin 1941.
- BRECHER, FRITZ Das Unternehmen als Rechtsgegenstand; Bonn 1953.
- BRENDL, OSKAR Wirtschaftliche Konzentration, Konjunkturwandel und Krisen; Berlin u. Wien 1934.
- BRODMANN, ERICH Aktienrecht. Kommentar; Berlin u. Leipzig 1928.
- BÜHLER, OTTMAR Steuerrecht der Gesellschaften und Konzerne; 3. A.; Berlin u. Frankfurt 1956.

- CAPELLE, K.-H. Handelsrecht; 13. A.; München 1969.
- COING-KRONSTEIN Die nennwertlose Aktie als Rechtsproblem; Frankfurt 1959.
- DERINGER-HERRMANN Konzernrechtliche Zusammenschlüsse und das Kartellverbot des § 1 GWB; BB 1966/ 1157 ff.
- DEUSS, WALTER Die Ausübung des aktienrechtlichen Stimmrechts durch Dritte; Diss. Köln 1963.
- DJT-KONZERNRECHT Untersuchungen zur Reform des Konzernrechts - Bericht der Studienkommission des DJT; Tübingen 1967.
- DIPPEL, KARLHANS Die Reform des Aktienrechts; DRiZ 1965/ 315 ff, 353 ff.
- DROBNIG, ULRICH Haftungsdurchgriff bei Kapitalgesellschaften; Berlin u. Frankfurt 1959.
- DUDEN, KONRAD Die Diskussion über das Konzernrecht; BB 1957/ 1230 ff.
- Über Unternehmensziele, in Festgabe Kunze S. 127 ff.
- DÜLFER, EBERHARD Die Aktienunternehmung; Göttingen 1962.
- DÜRINGER-HACHENBURG Das Handelsgesetzbuch, 3. A.; I. Bd: Allgemeine Einleitung und §§ 1 - 104, Mannheim, Berlin, Leipzig 1930; II. Bd/1. Hälfte: Allgemeine Einleitung: Das Gesellschaftsrecht des bürgerlichen Rechts, Mannheim, Berlin, Leipzig 1932.
- ECKELT, ERNST Der Konzernbegriff im Gesetz über Aktiengesellschaften u. Kommanditgesellschaften auf Aktien vom 30. Januar 1937; JW 1937/ 1198 ff.
- EHRENBERG'S HANDBUCH Handbuch des gesamten Handelsrechts, herausgegeben von Victor Ehrenberg, Zweiter Band; Leipzig 1918.
- EHRENBERG, VICTOR Voraussetzungen der Kaufmannseigenschaft, in Ehrenberg's Handbuch S. 15 ff.

- EICHHORN, PETER Der Wirtschaftsstil gemeindlicher Regiebetriebe, insbesondere Planung, Führung, Rechnung, Prüfung; Diss. Erlangen-Nürnberg 1967.
- EICHINGER, FRANZ Beitrag der Deutschen Bundesbahn zu den Thesen des Wissenschaftlichen Beirats; DöW 1969/8.
- EICHLER, HERMANN Die privatrechtliche Lage des Unternehmens, in Gestaltwandel S. 45 ff.
- ENNECCERUS-LEHMANN Recht der Schuldverhältnisse; 15. Bearbeitung; Tübingen 1958.
- ERLINGHAGEN, PETER Der Organschaftsvertrag mit Ergebnisausschlußklausel im Aktienrecht; Marburg 1960.
- ERMAN, WALTER Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd 1; 3. A.; Münster 1962.
- ESSER, JOSEF Schuldrecht, Bd II: Besonderer Teil; 3. A.; Karlsruhe 1969.
- EUCKEN, WALTER Technik, Konzentration und Ordnung in der Wirtschaft; Ordo 1950/ 3 ff.
- FASOLD, R. Aktuelle Probleme der Rechnungslegung im Konzern; NB 1967/ Heft 4, S. 28 ff.
- FESTGABE KRONSTEIN Das Unternehmen in der Rechtsordnung, Festgabe für Heinrich Kronstein; Karlsruhe 1967.
- FESTGABE KUNZE Recht und Rechtsleben in der sozialen Demokratie, Festgabe für Otto Kunze; Berlin 1969.
- FESTSCHRIFT BÖHM Wirtschaftsordnung und Rechtsordnung, Festschrift für Franz Böhm; Karlsruhe 1965.
- FESTSCHRIFT DRAHEIM Genossenschaften und Genossenschaftsforschung, Festschrift für Georg Draheim; Göttingen 1968.
- FESTSCHRIFT HASENACK Gegenwartsfragen der Unternehmensführung, Festschrift für Wilhelm Hasenack; Herne, Berlin 1966.
- FESTSCHRIFT HEIMANN Festschrift Ernst Heymann, Teil II: Recht der Gegenwart; Weimar 1940.

- FESTSCHRIFT MÖHRING Festschrift für Philipp Möhring zum 65. Geburtstag; München u. Berlin 1965.
- FESTSCHRIFT MUTHESIUS Vom Sinn der Konzentration, Volkmar Muthesius zum 65. Geburtstag; Frankfurt 1965.
- FESTSCHRIFT NIPPERDEY Festschrift für Hans Carl Nipperdey zum 70. Geburtstag, Band II; München u. Berlin 1965.
- FESTSCHRIFT SCHMIDT Aktuelle Probleme aus dem Gesellschaftsrecht und anderen Rechtsgebieten, Festschrift für Walter Schmidt; Berlin 1959.
- FIKENTSCHER, WOLFGANG Schuldrecht; 2. A.; Berlin 1969.
- Interessengem.- Die Interessengemeinschaft; Köln, Berlin, Bonn, München 1966.
- FILBINGER, HANS Rezension von "Rasch, Deutsches Konzernrecht, 2. A.; Köln, Berlin 1955", AcP 156/ 463 ff.
- FISCHER, CURT EDUARD Rechtsschein und Wirklichkeit im Aktienrecht, AcP 154/ 85 ff.
- Die Reform des Aktiengesetzes; AcP 154/ 181 ff.
- FISCHER, FLORIAN Haftung der Verwaltung der Aktiengesellschaft im Subordinationskonzern; Diss. Würzburg 1968.
- FLECHTHEIM, JULIUS Neuere Rechtsformen industrieller Zusammenschlüsse, in Strukturwandlungen S. 362 ff.
- FLUME, WERNER Grundfragen der Aktienrechtsreform; Düsseldorf 1960.
- Die Organschaft im Körperschaftssteuerrecht; DB 1956/ 455 ff.
- Die abhängige Aktiengesellschaft und die Aktienrechtsreform; DB 1959/ 190 ff.
- Die Abfindung der sog. außenstehenden Aktionäre bei Abschluß eines Beherrschungsvertrages - der Fall Wintershall als Schulfall des Konzernrechts; DB 1969/ 1047 ff.

- FORSTHOFF, ERNST Lehrbuch des Verwaltungsrechts,
Erster Band: Allgemeiner Teil; 9. A.;
München u. Berlin 1966.
- FREITAG-LÖRINGHOFF,
BRUNO BARON VON Logik - Ihr System und ihr Verhält-
nis zur Logistik; 4. A.; Stuttgart,
Berlin, Köln, Mainz 1966.
- FRIEDLÄNDER, HEINRICH Konzernrecht unter Berücksichtigung
der amerikanischen Praxis; 2. A.;
Frankfurt u. Berlin 1954.
1. A.; Mannheim, Berlin, Leipzig
1927.
- AktienR - Aktienrecht. Handkommentar; Stutt-
gart 1932.
- Die Praxis des geltenden Kartell-
rechts; JW 1928/ 2186 ff.
- GADOW-HEINICHEN Aktiengesetz. Großkommentar; 2. A.;
Erster Band, Berlin 1961; Zweiter
Band, Berlin 1965.
- GÄFGEN, GERARD Allgemeine Wirtschaftspolitik, in
Kompendium S. 117 ff.
- GANDENBERGER, OTTO Was ist ein Unternehmen? Volkswirt-
schaftliche Überlegungen zum Gesetz
gegen Wettbewerbsbeschränkungen;
Heidelberg 1963.
- GEILLER, KARL Zur Systematik der gesellschaft-
lichen Zusammenschlüsse;
ZBH 1926/ 188 ff.
- GEWESCHAFTSKOMMENTAR Gesetz gegen Wettbewerbsbeschrän-
kungen und Europäisches Kartell-
recht; 2. A.; Köln, Berlin, Bonn,
München 1963.
- GEBLER, ERNST Das neue Aktienrecht; BB 1965/
677 ff.
- Probleme des neuen Konzernrechts;
DB 1965/ 1691 ff, 1729 ff.
- Aktuelle gesellschaftsrechtliche
Probleme; DB 1966/ 215 ff.
- Die Rechtsverhältnisse verbundener
Unternehmen; NB 1966/ 198 ff.
- Stellungnahme zu dem Korreferat
von H. Albach über die Beziehungen
zu verbundenen Unternehmen; NB 1966/
1 ff.

- HÄMMERLE, HERMANN Handelsrecht, Erster Band: Allgemeine Lehren und Handelsstand; 2. A.; Graz, Wien, Köln 1967.
- HARDACH, FRITZ WILHELM Die einheitliche Leitung von Konzernen; ZfHf 1961/ 713 ff.
- HARMS, WOLFGANG Konzerne im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen - Eine wirtschafts- und gesellschaftsrechtliche Untersuchung; Köln, Berlin, Bonn, München 1968.
- HARTMANN, JÜRGEN Der Ausschluß des Bevollmächtigten, Treuhänders und Verwalters kraft Amtes von der gestatteten Ausübung der Geschäftsführung einer offenen Handelsgesellschaft; Diss. Mainz 1966.
- HARTMANN, GÜNTHER Konzernrecht und Aktienrechtsreform, in Marburger Aussprache S. 53 ff.
- HARTMANN-HETTLAGE Art. "Öffentlicher Haushalt" in Staatslexikon, Fünfter Band; 6. A.; Freiburg 1960.
- HAUSSMANN, FRITZ Die Tochtergesellschaft; Berlin 1923.
- Grundlegung - Grundlegung des Rechts der Unternehmenszusammenfassungen; Mannheim, Berlin, Leipzig 1926.
- HAVERMANN, HANS Die verbundenen Unternehmen und ihre Pflichten nach dem Aktiengesetz 1965; Wp 1966/ 30 ff, 60 ff, 90 ff.
- HAX, KARL Konzernprobleme und Aktienrechtsreform in betriebswirtschaftlicher Sicht, in Betriebsgröße S. 45 ff.
- Betriebswirtschaftliche Probleme der Konzentration, in Konzentration (Neumark) S. 61 ff.
- Betriebswirtschaftliche Deutung der Begriffe "Betrieb" und "Unternehmung", in Festgabe Kunze S. 109 ff.
- HDSW Handwörterbuch der Sozialwissenschaften - Zugleich Neuauflage des Handbuchs der Staatswissenschaften; Stuttgart, Tübingen, Göttingen; 4. Bd, 1965; 10. Bd, 1959; 11. Bd, 1961, 12. Bd, 1965.

- HEINEN, EDMUND Das Zielsystem der Unternehmung
- Grundlagen betriebswirtschaftlicher Entscheidungen; Wiesbaden 1966.
- Konzentration und Kosten, in Konzentration (Arndt) Bd III, S. 1633 ff.
- HENGELER-KREIFELS Absicht und Wirklichkeit im Referentenentwurf eines Aktiengesetzes, in Beiträge Aktienrechtsreform S. 11 ff.
- HENZLER, REINHOLD Konzentrationsprobleme in der Unternehmungssphäre, in Konzentration (Neumark) S. 321 ff.
- Konzentrationsprobleme in der Unternehmungssphäre, in Konzentration (Arndt) Bd III, S. 1545 ff.
- HERRMANN, KURT Unternehmenskonzentration bei den Ländern, in Konzentration (Arndt) Bd I, S. 547 ff.
- HERRMANN, WALTER Betriebsgröße und Unternehmungskonzentration in der Industrie, in Betriebsgröße S. 91 ff.
- HERRNRING, HANS-WALTER Der Unternehmensbegriff im Aktiengesetz vom 6. September 1965; Diss. Hamburg 1970.
- HESSELBACH, WALTER Die Konvergenz gemeinwirtschaftlicher und erwerbswirtschaftlicher Unternehmenstypen; DöW 1969/ 120 ff.
- HEYMANN, ERNST Rezension der Festschrift Heymann; Z.f.ausl.u.internat.PrivatR 1940-41/ S. 260 ff.
- HOFFMANN, PAUL Unbeschränkte kommanditistenhaftung und gesetzliche Wertung; LJW 1969/ S. 577 ff.
- HORN, ARNO Zum Mitverwaltungs- und Kontrollrecht der Aktionäre; AG 1969/ 369 ff.
- HUBER, ERNST RUDOLF Wirtschaftsverwaltungsrecht, Erster Band; 2. A.; Tübingen 1953.
- HUBER, ULRICH Zur kartellrechtlichen Problematik der Zusammenfassung von Konzernunternehmen unter einer einheitlichen Leitung im Sinn des § 18 AktG; ZHR 151/ 193 ff.

- HUBER, ULRICH Rezension von "Rasch, Deutsches Konzernrecht, 4. A., 1968"; ZHR 133/ 289 ff.
- HUECK, ALFRED Gesellschaftsrecht - Ein Studienbuch; 14. A.; München 1968.
- Gedanken - Gedanken zur Reform des Aktienrechts und des GmbH-Rechts; Berlin 1963.
- HUSSERI, GERHART Der Rechtsgegenstand - Rechtslogische Studien zu einer Theorie des Eigentums; Berlin 1933.
- ISAY, RUDOLF Das Recht am Unternehmen; Berlin 1910.
- JAHR-STÜTZEL Aktien ohne Nennbetrag; Frankfurt 1963.
- JANBERG-SCHLAUS Abstimmungsverträge nach neuem Aktienrecht unter Berücksichtigung des Rechts der verbundenen Unternehmen; AG 1967/ 33 ff.
- JESSEN, JENS Unternehmen und Unternehmensrecht; ZHR 96/ 37 ff.
- KANTZENBACH, ERHARD Die Funktionsfähigkeit des Wettbewerbs; Göttingen 1966.
- KELLMANN, CHRISTOF Schadensersatz und Ausgleich im Faktischen Konzern; BB 1969/ 1509 ff.
- KIRSCH, WERNER Gewinn und Rentabilität; Wiesbaden 1968.
- KNOBLAU, JOCHEN Leitungsmacht und Verantwortlichkeit bei Bestehen eines Beherrschungsvertrages nach der Regelung des neuen Aktiengesetzes vom 6. 9. 1965 (BGBI I S. 1089); Diss. Würzburg 1968.
- KNOPPE, HELMUT Der Genußschein, seine wirtschaftliche und steuerliche Bedeutung; BB 1966/ 281 ff.
- KOBER, DILTER Vertragsfreiheit bei Gewinnabführungs- und Beherrschungsvertrag (Organvertrag) nach altem und neuem Aktienrecht; Diss. Würzburg 1967.
- KOBERSTEIN, GUNTHER Unternehmenszusammenschlüsse; Essen 1955.

- KÜHLER, HERBERT "Betrieb" und "Unternehmen" in wirtschaftsverfassungsrechtlicher Sicht; JZ 1953/ 713 ff.
- KÖLNER KOMMENTAR Kölner Kommentar zum Aktiengesetz; herausgegeben von Wolfgang Zölinier; Band 1, Köln, Berlin, Bonn, München 1970.
- KÜTTGEN, ARNOLD Die wirtschaftliche Betätigung der Gemeinden, in Rechtsleben S. 577 ff.
- KOMPENDIUM Kompendium der Volkswirtschaftslehre, Band 2; Göttingen 1968.
- KONZENTRATION (ARNDT) Die Konzentration in der Wirtschaft. Schriften des Vereins für Sozialpolitik - Gesellschaft für Wirtschafts- und Sozialwissenschaften. Neue Folge Bd 20/ I: Stand der Konzentration, Bd 20/ II: Ursachen der Konzentration, Bd 20/ III: Wirkungen und Probleme der Konzentration. Herausgegeben von Helmut Arndt; Berlin 1960.
- KONZENTRATION (ASU) Übermäßige Konzentration, ihre Gefahren und Möglichkeiten der Eindämmung. Denkschrift der Arbeitsgemeinschaft Selbständiger Unternehmer e.V. Bonn; Bonn 1959.
- KONZENTRATION (LEU-MARK) Die Konzentration in der Wirtschaft - Verhandlungen auf der Tagung des Vereins für Sozialpolitik in Bad Kissingen 1960. Neue Folge Bd 22, hrsg. von Fritz Neumark; Berlin 1961.
- KOFFERSTEINER, HANS-GEORG Unternehmerrgemeinschaften im Konzerngesellschaftsrecht; ZHR 131/289 ff.
- KOSIOL, ERICH Einführung in die Betriebswirtschaftslehre; Wiesbaden 1968.
- KREHE, WALTER Art. "Verbundwirtschaft", in HDSW Bd 11/1 ff.
- KRIELE, MARTIN Kriterien der Gerechtigkeit. Zum Problem des rechtsphilosophischen und politischen Relativismus. Berlin 1963.
- KRONSTEIN, HEINRICH Die abhängige juristische Person; München, Berlin, Leipzig 1931.

- KROMSTEIN, HEINRICH Die Anwendbarkeit der §§ 311 ff AktG über die Verantwortlichkeit im "faktischen Konzern" bei mehrstufigen Unternehmensverbindungen; BB 1967/ 637 ff.
- KROFF, BRUNO Aktiengesetz. Text mit Begr.RegE u. Bericht des DBT-Ausschusses; Düsseldorf 1965.
- Das Konzernrecht des Aktiengesetzes 1965; BB 1965/ 1281 ff.
- Der "faktische Konzern" als Rechtsverhältnis; DB 1967/ 2147 ff, 2204 ff.
- LANDMANN-ROHMER Gewerbeordnung, Erster Band; 12. A.; München 1963 (Loseblattsammlung).
- LARENZ, KARL Lehrbuch des Schuldrechts, Zweiter Band: Besonderer Teil; 9. A.; München 1968.
- LENEL, HANS OTTO Ursachen der Konzentration unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Verhältnisse; 2. A.; Tübingen 1968.
1. A.; Tübingen 1962.
- Fortschritt - Die Bedeutung der großen Unternehmen für den technischen Fortschritt; Tübingen 1968.
- LEO, HANS-CHRISTOPH Die Einmann-AG und das neue Konzernrecht; AG 1965/ 352 ff.
- LIEFMANN, ROBERT Kartelle und Trusts und die Weiterentwicklung der volkswirtschaftlichen Organisation; 6. A.; Stuttgart 1924.
- Beteiligungsges. - Beteiligungs- und Finanzierungsgesellschaften; 5. A.; Jena 1931.
- Unternehmensformen - Die Unternehmensformen mit Einschluß der Genossenschaften und der Sozialisierung; 2. A.; Stuttgart 1921.
- LINHARDT, HANS Konzentration und Marktfinanzierung, in Konzentration (Arndt), Bd III, S. 1559 ff.
- LITTMANN, EBERHARD Das Einkommensteuerrecht - Kommentar zum Einkommensteuergesetz; 9. A.; Stuttgart 1969.

- LÖFFELHOLZ, JOSEF Die Aktiengesellschaft und der Konzern; Wiesbaden 1967.
- LOSCHELDER, WILHELM Die Gemeindeordnungen in den westdeutschen Ländern und die Verfassungen von Berlin, Hamburg, Bremen; 3. A.; Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1965.
- LUCHTERHANDT, HANS-FRIEDRICH Der Begriff "Unternehmen" im Aktiengesetz 1965; ZfK 132/ 149 ff.
Leitungsmacht und Verantwortlichkeit im faktischen Konzern; ZfK 133/ 1 ff.
- LUDEWIG, WILHELM Hauptprobleme der Reform des Aktienrechts; Marburg 1929.
- LUDWIG, WOLFGANG Gemeinden gelten nicht als Unternehmen; Zeitschrift für kommunale Wirtschaft (ZfK) 1966/ Heft 12.
- MACHLUP, FRITZ Art. "Wettbewerb, (III) Wirtschaftstheoretische Betrachtung", in HDSW Bd 12/ 36 ff.
- MEIER, ALBERT Organisation der Unternehmensführung; Stuttgart 1965.
- MELLEROWICZ, KONRAD Voraussetzungen und Wege erfolgswirksamer Kostensenkung, in Festschrift Hasenack S. 465 ff.
- MERTENS, PAUL Konzentration, Konzernprobleme und Aktienrechtsreform, in Betriebsgröße S. 147 ff.
- MERZ, HANS Kartellrecht - Instrument der Wirtschaftspolitik oder Schutz der persönlichen Freiheit?, in Festschrift Böhm S. 227 ff.
- MESTMÄCKER, ERNST-JOACHIM Verwaltung, Konzerngewalt und Recht der Aktionäre; Karlsruhe 1958.
Die Unternehmenskonzentration im ausländischen Recht, in Konzentration (Arndt) Bd 11, S. 389 ff.
Über das Verhältnis von Rechts- und Wirtschaftswissenschaft im Aktienrecht; Jus 1963/ 417 ff.

- MESTMÄCKER, ERNST-
JOACHIM Zur Systematik des Rechts der ver-
bundenen Unternehmen im neuen Ak-
tiengesetz, in Festgabe Kronstein
S. 129 ff.
- MEYER-MEULENBERGH Genossenschaftsgesetz; 11. A.;
München 1970.
- MIEGEL, MEINHARDT Der Unternehmensbegriff des Aktien-
gesetzes 1965. Unter besonderer Be-
rücksichtigung der allgemeinen Prob-
lematik des Unternehmensbegriffs.
Bad Homburg, Berlin, Zürich 1970.
- MIETHKE, JÜRGEN Der Konzern und das Recht der Wett-
bewerbsbeschränkungen; Diss. Kiel 1964.
- MÖHRING, PHILIPP Das neue Konzernrecht und seine Aus-
wirkungen auf andere Rechtsgebiete.
Vortrag, gehalten vor der Juristischen
Gesellschaft in Frankfurt/M. am 14.12.
1966. - Rechts- und Staatswissenschaft-
liche Vereinigung. Frankfurter Juristi-
sche Gesellschaft. Heft Nr. 2; ohne
Ort und Jahr.
- Das neue Aktiengesetz; NJW 1966/ 1 ff,
87 ff.
- Die gesetzliche Regelung der Unter-
nehmensverbindungen im neuen Aktien-
gesetz; NJW 1967/ 1 ff.
- Rezension von "Baumbach-Hueck, Aktien-
gesetz, 13. A., 1968"; NJW 1969/ 1473.
- MÖHRING-TANK-GRASS-
REUB Handbuch der Aktiengesellschaft, Bd 1
(GesellschaftsR, SteuerR, ArbeitsR);
Köln-Marienburg 1967.
- MÖHRING-SCHWARTZ-
ROWEDDER-HABERLANDT Die Aktiengesellschaft und ihre Satzung
2. A.; Berlin und Frankfurt 1966.
- MÜLSBERGER, JOSEF Zwang zur Größe? - Zur These von der
Zwangsläufigkeit der wirtschaftlichen
Konzentration; Köln u. Opladen 1967.
- MÜLLER, J. HEINZ Konzentration und Wettbewerb, in
Konzentration (Neumark) S. 117 ff.
- MÜLLER, OKKO Die Rechtsnatur von Beherrschungsver-
trag und Gewinnabführungsvertrag im
Regierungsentwurf zu einem Aktienge-
setz; AG 1965/ 133 ff.

- MÜLLER-RIEKER Der Unternehmensbegriff des Aktien-
gesetzes 1965; Wp 1967/ 197 ff.
- MÜLLER-ERZBACH, RUDOLF Deutsches Handelsrecht; 2. u. 3. A.;
Tübingen 1928.
- Mitgliedschaft - Das private Recht der Mitgliedschaft
als Prüfstein eines kausalen Rechts-
denkens; Weimar 1948.
- Das Erfassen des Rechts aus den
Elementen des Zusammenlebens, veran-
schaulicht am Gesellschaftsrecht;
AcP 154/ 299 ff.
- MÜTHLING, HANS Gewerbesteuergezet; 2. A.; München
1965 (Loseblattsammlung).
- MUTZE, OTTO Erfahrungen aus der Anwendung der
Unternehmensverträge des Aktiengesetz-
es 1965; AG 1967/ 215 ff, 254 ff.
- NEILL-BREUNING, OSWALD Unternehmensverfassung, in Festgabe
VON Kronstein S. 47 ff.
- NETTER, OSCAR Über den Einfluß des Widerstreits
zwischen Konzerninteresse und Einzel-
interesse auf die Rechtswirksamkeit
von Generalversammlungsbeschlüssen;
JW 1931/ 3030 ff.
- Konzern-Recht - Bemerkungen zu "Rosen-
dorff, Die rechtliche Organisation
der Konzerne"; ZBH 1927/ 11 ff, 61 ff,
104 ff, 138 ff.
- NIPPERDEY, HANS CARL Die Frage des Schutzes des Unterneh-
mens nach § 823 Abs. 1 BGB, in Bei-
träge Wirtschaftsrecht, Bd 11, S. 445 ff.
- NUßBAUM, ARTHUR Zur neueren Entwicklung der Lehre
vom Unternehmen, in Beiträge zum
Wirtschaftsrecht 11, S. 492 ff.
- OBERNÜLLER-WERNER- AKTIENGESETZ 1965, Bd 1: Erläuterung
WINDL mit praktischen Hinweisen; Stuttgart
1965.
- OCHSEL, WILLY Konzentration im Widerstreit der
Reinungen, in Festschrift Luthesius
S. 75 ff.
- CHMEYER, EDIAR KAMILLO Das Unternehmen als Rechtsobjekt;
VON Wien 1906.

- OFFIKOTER, HANS Das Unternehmensrecht in geschichtlicher, vergleichender und rechtspolitischer Betrachtung; Tübingen 1927.
- PALANDT Bürgerliches Gesetzbuch; 29. A.; München 1970.
- PASSOW, RICHARD Betrieb, Unternehmung, Konzern; Jena 1925.
- Die AG - Die Aktiengesellschaft - Eine wirtschaftswissenschaftliche Studie; 2. A.; Jena 1922.
- PAULICK, HEINZ Das Recht der eingetragenen Genossenschaft; Karlsruhe 1956.
- PAUSENBERGER, EHRENFRIED Der Konzernaufbau; Diss. München 1957.
- PETERS, EGBERT Die Erzwingbarkeit vertraglicher Stimmrechtsbindungen; AcP 156/ 311 ff.
- PETZEL, ALBRECHT Ansprüche der Minderheitsaktionäre bei Unternehmensverbindung und Umwandlung; Diss. Göttingen 1967.
- PISKO, CSKAR Das Unternehmen als Gegenstand des Rechtsverkehrs; Wien 1907.
- Das kaufmännische Unternehmen als Rechtsobjekt, in Ehrenbergs Handbuch II S. 195 ff.
- PÖHLMANN, GERHARD Der Prozeß der Unternehmensführung; Berlin 1964.
- POHMER, DIETER Das Verhältnis der Wirtschaftswissenschaft zur Rechtswissenschaft, dargestellt am Beispiel der Konzerngestaltungen, in Verhältnis Wirtschaftswissenschaft S. 57 ff.
- Die Konzentrationsbegünstigung durch die Unternehmensbesteuerung, in Betriebsgröße S. 213 ff.
- RAISCH, PETER Geschichtliche Voraussetzungen, dogmatische Grundlagen und Sinnwandlung des Handelsrechts; Karlsruhe 1965.
- Zu den grundsätzlichen Aufgaben der Rechtswissenschaft gegenüber dem neuen Aktiengesetz; JZ 1966/ 501 ff, 549 ff.
- Rezension von "Würdinger, Aktien- und Konzernrecht, 2. A., 1966"; ZHR 132/182ff.

- RAISER, LUDWIG Die Konzernbildung als Gegenstand rechts- und wirtschaftswissenschaftlicher Untersuchung, in Verhältnis Wirtschaftswissenschaft S. 51 ff.
- Vertragsfunktion und Vertragsfreiheit, in Rechtsleben S. 101 ff.
- Die wirtschaftsrechtlichen Fragen der Gestaltung der Unternehmensformen, in Verhandlungen 39. DJT, Teil B, S. 57 ff.
- RASCH, HAROLD Deutsches Konzernrecht; 4. A.; Köln, Berlin, Bonn, München 1968.
2. A.; 1955.
3. A.; 1966.
- Das Recht der wirtschaftlichen Zusammenschlüsse, in Beiträge Handelsrecht S. 713 ff (S. 143 ff).
- RECHTSLEBEN Hundert Jahre deutsches Rechtsleben, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860-1960. Im Auftrage der ständigen Deputation des DJT herausgegeben von Ernst v. Caemmerer, Ernst Friesenhahn, Richard Lange. Band I; Karlsruhe 1960.
- REINHARDT, RUDOLF Art. "Unternehmenszusammenschlüsse, (I) Organisationsformen" in HDSW Bd 10/ 549 ff.
- Die Problematik der Aktienrechtsreform, in Marburger Aussprache S. 9 ff.
- Die Vereinigung subjektiver und objektiver Gestaltungskräfte im Vertrage, in Festschrift Schmidt-Rimpler S. 115 ff.
- RIEGLER, WILHELM Einführung in die Privatwirtschaftslehre; 3. A.; Erlangen 1964.
- RINCK, GERD Konzernrecht, in Juristen-Jahrbuch, 5. Bd (1964/65), S. 121 ff.
- RITSCHL, HANS Art. "Unternehmungen, öffentliche", in HDSW Bd 10/ 506 ff.
- Art. "Wirtschaftsordnung", in HDSW Bd 12/ 189 ff.
- RITTER, CARL Aktiengesetz; Berlin u. München 1939.

- HGB - Kommentar zum Handelsgesetzbuch;
2. A.; München u. Berlin 1932.
- RITTERSHAUSEN, HEIN- Konzentration bei den Banken,
RICH in Konzentration (Arndt) Bd I,
S. 389 ff.
- RITTNER, FRITZ Unternehmen und freier Beruf als
Rechtsbegriffe; Tübingen 1962.
- Konzentrationsbegriff und Unvermeid-
barkeitsdogma in wirtschaftsrecht-
licher Sicht, in Festschrift Nipper-
dey II S. 531 ff.
- RÖPKE, WILHELM Art. "Wettbewerb, (II) Ideenge-
schichte und ordnungspolitische
Vorstellung", in HDSW Bd 12/ 29 ff.
- ROHLFING-KISKALT- Handkommentar zur Gewerbeordnung;
WOLFF 3. A.; Berlin u. Frankfurt 1961.
- ROSENDORFF, RICHARD Die rechtliche Organisation der
Konzerne; Berlin 1927.
- SANDIG, KURT Betriebswirtschaftspolitik; 2. A.;
Stuttgart 1966.
- SAPPER, HELMUT Die rechtssystematische Stellung
der Unternehmensverträge; Diss.
Tübingen 1963.
- SCHÄFER, ADOLF Grundzüge des neuen Aktienrechts;
Bank-Betrieb 1965/ 174 ff.
- SCHÄFER, DIETRICH Aktuelle Probleme des neuen Aktien-
rechts; BB 1966/ 229 ff.
- Wann ist der Großaktionär Unter-
nehmer?; NJW 1967/ 1741.
- SCHÄFFER, FRITZ Die Aktienrechtsreform und ihre
Probleme; BB 1958/ 1253 ff.
- SCHÄFFER, HANS Kartelle und Konzerne, in Struktur-
wandlungen S. 325 ff.
- SCHÄFFLE, A. Die Anwendbarkeit der verschiedenen
Unternehmungsformen; Z.f.ges. Staats-
wiss. Bd 25 (1869), S. 261 ff.
- SCHLUGELBERGER, FRANZ Handelsgesetzbuch, 1. und 2. Band;
4. A.; Berlin u. Frankfurt 1965.
- SCHLEGELBERGER- Aktiengesetz; 3. A.; Berlin 1939.
QUASSOWSKI

- SCHLOCHAUER, JÜRGEN Öffentliches Recht; Karlsruhe 1957.
- SCHMALENBACH, EUGEN Die Beteiligungsfinanzierung; 8. A.;
Köln u. Opladen 1954.
5. A.; Leipzig 1932.
- Die AG - Die Aktiengesellschaft; 7. A.;
Köln u. Opladen 1950.
- SCHNEIDER, HERBERT Über die Unterbeteiligung an Anteilen an einer Personengesellschaft als stille Gesellschaft, in Festschrift Möhring S. 115 ff.
- SCHRAMM, WALTER Die betrieblichen Funktionen und ihre Organisation; Berlin u. Leipzig 1936.
- SCHREIER, FRITZ Neue Gedanken zur Aktienrechtsreform: die Regelung der "Innengesäfte" der Aktiengesellschaft, in Beiträge Wirtschaftsrecht II S. 765 ff.
- SCHULTZE-SCHLUTTIUS, HANS-GISBERT Die Organtheorie unter besonderer Berücksichtigung der Kapitalgesellschaften; Düsseldorf 1956.
- SERICK, RUDOLF Durchgriffsprobleme bei Vertragstörungen - unter Berücksichtigung von Organschafts- und Konzernverhältnissen; Karlsruhe 1959.
- SIEBER, EUGEN H. Führungsprobleme mittlerer Betriebe, in Betriebsgröße S. 77 ff.
- SIEBER, GÜNTER Betriebskonzentration, Unternehmenskonzentration und Konzernierung; Köln 1962.
- SKIBBE, MANFRED Gesellschaftsrechtliche Aspekte des Ergebnisabführungsvertrages bei einer GmbH; GmbH-Rdschau 1968/ 245 ff.
- SÜHNEN, WERNER Aktuelle Fragen zur dezentralen Konzernorganisation; ZfbF 1961/ ... 520 ff.
- SCERTEL-LIEBERT Bürgerliches Gesetzbuch, Bd 1: Allgemeiner Teil; 10. A.; Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1967; Bd 3: Schuldrecht II; 10. A.; 1969.
- SOMBART, WERNER Der moderne Kapitalismus, Bd III: Das Wirtschaftsleben im Zeitalter des Hochkapitalismus, 2. Halbband; München u. Leipzig 1928.

- SPIEKER, WOLFGANG Neuere Entwicklungen im Unternehmensrecht und bei der Mitbestimmung in den Unternehmensorganen, Teil 1: Erfahrungen mit dem neuen Aktien- und Konzernrecht, Reformprobleme; Das Mitbestimmungsgespräch 1969/ 179 ff
- STATISTISCHES BUNDES-AMT Veröffentlichungen des Statistischen Bundesamtes, Fachserie C: Unternehmen und Arbeitsstätten, Reihe 2: Kapitalgesellschaften, I. Abschlüsse der Aktiengesellschaften; 1968.
- STAUBS KOMMENTAR Staub's Kommentar zum Handelsgesetzbuch, Erster Band; 14. A.; Berlin u. Leipzig 1932.
- STAUDINGER Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, I. Band: Allgemeiner Teil; 11. A.; Berlin 1957.
- STEHLE, HEINZ Abhängigkeitsbericht oder Beherrschungsvertrag?; AG 1966/ 233 ff.
- STELLUNGNAHME REF-E Ergänzende Stellungnahme zu konzernrechtlichen Bestimmungen im Referentenentwurf eines Aktiengesetzes, hrsg. von BDI und anderen Spitzenverbänden; Köln/Bonn 1959.
- STELLUNGNAHME REG-E Stellungnahme zu den Vorschriften über das Recht der verbundenen Unternehmen im Regierungsentwurf eines Aktiengesetzes und im Einführungsgesetzentwurf zum Aktiengesetz, hrsg. von BDI und anderen Spitzenverbänden; Köln/Bonn 1960.
- STERN-POTNER Die Gemeindewirtschaft - Recht und Realität; Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz 1965.
- SCHASSBERGER, CLAUDIUS PETER Der Beherrschungsvertrag in der Aktienrechtsreform; Diss. Würzburg 1965.
- STRAUSS, WALTER Grundlagen und Aufgaben der Aktienrechtsreform; Tübingen 1960.
- Die Rechtsstellung des Aktionärs, in Marburger Aussprache S. 15 ff.
- STRICKRODT, GEORG Die Stiftung als neue Unternehmensform; Braunschweig, Berlin, Hamburg, Kiel 1951.

- Stiftungsuntern. - Probleme zur rechtlichen Struktur von Stiftungsunternehmen; Baden-Baden 1960.
- STRUKTURWANDLUNGEN Strukturwandlungen der deutschen Volkswirtschaft, hrsg. von Bernhard Harms, Erster Band; 2. A.; Berlin 1929.
- STÜTZEL, WOLFGANG Aktienrechtsreform und Konzentration, in Konzentration (Arndt) Bd II, S. 907 ff.
- STUFKA, JOHANNES Genossenschaftliche Zusammenschlüsse als externe Willenszentren für die Einzelgenossenschaften, in Festschrift Hasenack S. 139 ff.
- SUNDHOFF, EDMUND Werbung als Faktor der Konzentration, in Konzentration (Arndt) Bd III, S. 1581 ff.
- TEICHMANN-KOEHLER Aktiengesetz; 3. A.; Heidelberg 1950.
- THIEMEYER-OETTL Thesen über die Unterschiede zwischen privatunternehmerischen und öffentlich-wirtschaftlichen Zielen; DöW 1969/ 5 ff.
- Thesen über die Unterschiede zwischen privater Absatzpolitik und öffentlicher Angebotspolitik ; DöW 1969/ 37 ff.
- TSCHIERSCHKY, SIEGFRIED Kartell und Trust; Leipzig 1911.
- TUCHTFELDT, EGON Art. "Gewerbefreiheit", in HDSW Bd 4/ 502 ff.
- VEIL, KLAUS F. Das Wesen von Unternehmung und Unternehmer; Baden-Baden, Frankfurt 1956.
- VERHÄLTNIS WIRTSCHAFTSWISSENSCHAFT Das Verhältnis der Wirtschaftswissenschaft zur Rechtswissenschaft, Soziologie und Statistik. Hrsg. von Ludwig Kaiser, Heinz Sauermann und Erich Schneider; Berlin 1964.

- VERHANDLUNGEN 39. DJT Verhandlungen des 39. DJT in Stuttgart 1951, hrsg. von der Ständigen Deputation des DJT; Tübingen 1952.
- WAFFENSCHMIDT, WALTER Technik und Konzentration, in Konzentration (Arndt) Bd II, S. 789 ff.
- v. WALLIS, HUGO Die Arbeitsgemeinschaft; Ludwigs-hafen 1958.
- Besteuerung - Besteuerung der Unternehmenszu-sammenfassung; 3. A.; Herne 1965.
- WALTHER, GOTTFRIED Zum Recht der verbundenen Unterneh-men nach dem Regierungsentwurf eines Aktiengesetzes; AG 1961/ 85 ff.
- WASSMUTH, HORST Sind Gemeinden Unternehmen nach dem neuen Aktienrecht?; Der Städtetag 1967/ 43 ff.
- WERNER, WINFRIED Probleme des Konzernrechts; NB 1967/ Heft 4 S. 1 ff.
- Der erste Kommentar zum neuen Aktiengesetz (Zum Erscheinen der 3. A. des Kommentars von Godin-Wilhelmi zum neuen Aktiengesetz 1965); AG 1967/ 102 ff, 122 ff.
- WESSELS, THEODOR Art. "Unternehmungszusammenschlüsse, (II) Wirtschaftliche Problematik", in HDSW Bd 10/ 552 ff.
- WESTERMANN, HARRY Zum Rechtsbegriff des Verbundes bei Genossenschaften, in Festschrift Draheim S. 196 ff.
- WIEDEMANN, HERBERT Die Übertragung und Vererbung von Mitgliedschaftsrechten bei Handels-gesellschaften; München u. Berlin 1965.
- WIELAND, KARL Handelsrecht, Erster Band: Das kauf-männische Unternehmen und die Handels-gesellschaften; München u. Leipzig 1921.
- WILHELMI, HANS Das neue Aktiengesetz; AG 1965/ 153 ff, 187 ff, 217 ff, 247 ff, 277 ff, 307 ff, 349 ff.
- WILLENBERG, JOCHEN Voting Trust und Stimmrechtsbindung - Funktionsverwandte Institute zur Be-herrschung von Aktiengesellschaften im amerikanischen und im deutschen Recht; Diss. Hamburg 1965.

WINKHAUS, ECKARD

Der Bericht des Vorstandes einer Aktiengesellschaft über Beziehungen zu verbundenen Unternehmen unter besonderer Berücksichtigung des Problems der Ausgleichspflicht und der Einfluß von Rahmenverträgen, welche die Geschäftsbeziehungen zwischen herrschender und abhängiger Gesellschaft regeln, auf die Berichterstattungspflicht und den Berichtsumfang; Diss. Münster 1967.

WITTE-HAUSCHILD

Die öffentliche Unternehmung im Interessenkonflikt - Betriebswirtschaftliche Studie zu einer Zielkonzeption der öffentlichen Unternehmung; Berlin 1966.

WÜRDINGER, HANS

Aktien- und Konzernrecht; 2. A.; Karlsruhe 1966.

1. A.; Karlsruhe 1959.

- RGRK-Würdinger -

Kommentar zum Handelsgesetzbuch (Früher RGR-Kommentar), Erster Band bearbeitet von Hans Würdinger; 2. A.; Berlin 1953.

Konzernrechtliche Abhängigkeit und Haftung der Konzernleitung - Schutz der Minderheiten im Konzernrecht; DB 1957/ 961 ff.

Betrachtungen zur Regelung der Konzernverfassung im Entwurf eines Aktiengesetzes; DB 1958/ 1447 ff.

Zum Regierungsentwurf eines Aktiengesetzes; AG 1960/ 109 ff.

Verbundene Unternehmen und GWB; WuW 1967/ 83 ff.

Zur Reform des Konzernrechts, in Festschrift Walter Schmidt S. 279 ff.

Der Begriff Unternehmen im Aktiengesetz, in Festgabe Kunze S. 177 ff.

Zurück, .

Der Gläubigerschutz bei konzernmäßig verbundenen Unternehmen, insbesondere bei Organschaftsverhältnissen nach geltendem und künftigen Aktienrecht; AG 1965/ 93 ff.

ZEISS, FRIEDRICH

Das Aktiengesetz 1965; Stuttgart,
Berlin, Köln, Mainz 1966.

ZÜLLNER, WOLFGANG

Die Schranken mitgliedschaftlicher
Stimmrechtsmacht bei den privat-
rechtlichen Personenverbänden;
München u. Berlin 1963.

Einführung in das Konzernrecht;
JuS 1968/ 297 ff.

Rezension von "Rasch, Deutsches
Konzernrecht, 4. A., 1968";
BB 1969/ 371 ff.

A B K Ü R Z U N G S V E R Z E I C H N I S

abh.	= abhängig
abh.U	= abhängiges Unternehmen
AlleinA	= Alleinaktionär
BehV	= Beherrschungsvertrag
GAV	= Gewinnabführungsvertrag
GroßA	= Großaktionär
h.U	= herrschendes Unternehmen
IG	= Interessengemeinschaft
SubOK	= Subordinationskonzern
UnterOK	= Unterordnungskonzern
w.U.	= wirtschaftliches Unternehmen

Bezüglich der übrigen Abkürzungen vgl. Hildebert Kirchner,
Abkürzungsverzeichnis der Rechtssprache, 2. Aufl., 1968.

EINLEITUNG: KONZERN UND KONZENTRATION.

§ 1 Konzernbeziehungen im Wirtschaftsleben.

Konzerne und Konzernbeziehungen sind seit Jahrzehnten eine Tatsache des Wirtschaftslebens. Ihre Zahl läßt sich gegenwärtig nur schätzen.

So wird z.B. angenommen, daß 80% aller Aktiengesellschaften irgendwie konzernverflochten sind.¹⁾ Bei den Gesellschaften mit beschränkter Haftung mag der Prozentsatz der Konzernmitglieder geringer sein. Berücksichtigt man dabei, daß im Jahre 1969 die Zahl der Aktiengesellschaften 2317 (Gesamtnominalkapital: 54,9 Milliarden DM), die Zahl der Gesellschaften mit beschränkter Haftung 73.701 (Gesamtnominalkapital: 39,3 Milliarden DM) betrug²⁾, so ahnt man das Ausmaß der Konzernverflechtungen überhaupt. Beispielhaft sei erwähnt, daß 53 Obergesellschaften, die für das Geschäftsjahr 1967 (erstmalig) Konzernabschlüsse erstellt haben, in diese insgesamt 775 Untergesellschaften einbezogen haben.³⁾

Eingehendere Untersuchungen des Statistischen Bundesamtes für das Jahr 1965⁴⁾ ergeben, daß 26% des damaligen Gesamtnominalkapitals aller Aktiengesellschaften von 45,3 Milliarden DM allein von anderen Aktiengesellschaften gehalten wurde, davon 7,9% von Beteiligungs-Aktiengesellschaften. In absoluten Zahlen ausgedrückt, hatten 487 der 989 in Schachtelbesitz stehenden Aktiengesellschaften eine einzelne andere Aktiengesellschaft als Mehrheits- oder Alleingesellschafter. Nicht mitgezählt sind die Fälle, in denen mehrere Aktiengesellschaften aufgrund ihres Beteiligungsbesitzes in der Lage sind, gemeinschaft-

1) Alfred Hueck, Gedanken S. 5, 21.

2) Wirtschaft und Statistik 1970/ 144f.

3) Statistisches Bundesamt S. 13f.

4) Wirtschaft und Statistik 1966/ 94 ff.

lich ihren Einfluß auf die Schachtel-AG auszuüben. Dieser Schachtelbesitz von Aktiengesellschaften an Aktiengesellschaften stellt aber nur einen Teil der Konzernverflechtungen dar, deren mögliche Gestaltungen im Laufe der Untersuchung dargestellt werden.

Die Häufigkeit und Bedeutung von Konzernbeziehungen rief das Interesse des Gesetzgebers an ihrer Regelung hervor. Ein Blick auf das dritte Buch des Aktiengesetzes zeigt, daß der Gesetzgeber vornehmlich die Konzernbeziehungen im Unterordnungskonzern geregelt hat, um den in diesem Konzerntyp auftretenden besonderen Gefahren - die noch darzulegen sind - entgegenzuwirken. Das konzernrechtliche Schrifttum hat sich deshalb insbesondere mit der Beurteilung der konzernrechtlichen Fragen befaßt, die im Unterordnungskonzern auftreten. Aus diesem Grunde sowie wegen der größeren wirtschaftlichen Bedeutung des Unterordnungskonzerns beschränkt sich auch die vorliegende Untersuchung auf diesen Konzerntyp.

Abgesehen von der Wirkung auf die Konzernbeziehungen selbst, hat das Konzernrecht eine weitergehende Bedeutung. Eigentümlicherweise berührt es eine Reihe anderer Rechtsgebiete und fordert die Lösung von Problemen, "die nicht eigentlich konzernrechtlichen Charakters sind, aber durch das Auftauchen in der Konzernwirklichkeit eine Verschärfung erfahren haben" ¹⁾. Dies gilt in besonderem Maße für den Unternehmensbegriff. Dieser wird auch in anderen Gesetzen verwandt; im Konzernrecht ist er zum Zentralbegriff der gesetzlichen Regelungen geworden.

1) Filbinger AcP 156/463

§ 2 Begriff, Ursachen und Auswirkungen der Konzentration.

Der Konzern ist eine Spielart der verschiedenen Konzentrationserscheinungen in der Wirtschaft. Die wirtschaftliche Konzentration führt zu positiven und negativen Auswirkungen, die ihrerseits infolge bestimmter Konzentrationsmotive beabsichtigt sind und durch objektive wirtschaftliche Ursachen gefördert werden.¹⁾

1. Unter dem Stichwort Konzentration versteht das juristische Schrifttum in der Regel den Zusammenschluß mehrerer Unternehmen.²⁾ So ist auch der Begriff der Unternehmenskonzentration³⁾ neben dem des Unternehmenszusammenschlusses⁴⁾ geläufig.

Den Konzentrationsbegriff hat die Rechtswissenschaft von der Wirtschaftswissenschaft übernommen, wo er allmählich entwickelt worden ist.⁵⁾ Wichtig ist die Unterscheidung zwischen volkswirtschaftlicher und betriebswirtschaftlicher Betrachtung. Während die Volkswirtschaftslehre jede ungleichmäßige Verteilung gegenüber einem bestimmten Ausgangszustand als Konzentration bezeichnet, werden bei betriebswirtschaftlicher Sicht Zusammenschlüsse von Unternehmungen oder Teilen davon ausschließlich für den einzelwirtschaftlichen Bereich betrachtet.⁶⁾ So braucht eine Konzentration im betriebswirtschaftlichen Sinn dann noch keine Konzentration im Sinn volkswirtschaftlicher Betrachtung zu sein, wenn diese einzelwirtschaftliche Konzentration durch Dekonzentrationserscheinungen anderer Einzelwirtschaften im volkswirtschaftlichen Gesamtbereich kompensiert wird.⁶⁾ Andererseits kann eine Konzentration

1) Vgl. Arndt S. 16f.

2) Die Konzentration von Einkommen, von Vermögen sowie von Verfügungsmacht bzw. Kommandogewalt in Händen von Managern interessiert hier nicht. Über die Notwendigkeit zur Bildung eines konkreten Konzentrationsbegriffes vgl. Rittner in Festschrift Nipperdey, Bd. II, S. 533 ff.

3) Rasch, KonzernR., 3.A., S. 317, 328.

4) Rasch aaO S. 4

5) Arndt - Ollenburg in Konzentration (Arndt) I S. 3ff.

6) Henzler in Konzentration (Arndt) III S. 1545 Anm. 1; ders. in Konzentration (Neumark) S. 321 f.

in volkswirtschaftlicher Sicht nicht nur durch betriebswirtschaftliche Konzentrationsvorgänge herbeigeführt werden, sondern auch durch ungleichmäßiges Wachstum einzelner Unternehmungen.¹⁾

Im volkswirtschaftlichen Sinn kann man also die Konzentration als Ballung ökonomischer Größen²⁾ oder genauer als eine Zunahme der Verfügungsmacht einzelner Unternehmen über Produktionsmittel³⁾ definieren. Eine betriebswirtschaftliche Unternehmungskonzentration geschieht durch den Zusammenschluß mehrerer Unternehmungen, durch den Zusammenschluß mehrerer Teile von Unternehmungen zu einem Betrieb, der nicht als Unternehmung geführt wird, oder durch den Zusammenschluß von Betrieben bzw. Betriebsteilen zu einer Unternehmung. Hierzu gehört also nicht der Zusammenschluß bloßer Betriebe zu einem (größeren) Betrieb.⁴⁾

2. Zumeist sind es mehrere Ursachen, die zusammen einen Konzentrationsvorgang bewirken⁵⁾ und die nur sehr schwer zu entwirren sind.

Ursächlich für Konzentrationsbewegungen kann eine durch wirtschaftliche Wachstumsprozesse oder eine Vergrößerung des Marktgebietes⁶⁾ ausgelöste Steigerung der Nachfrage werden. Sie zieht gewöhnlich eine Anpassung der Produktionskapazitäten nach sich. Diese können aber nur vergrößert werden durch Betriebsvergrößerungen oder durch den Zusammenschluß von Unternehmen. So können größere Losgrößen⁷⁾ erreicht und mögliche Spezialisierungen durchgeführt werden. Staatliche Schwerpunktprogramme⁸⁾ und

1) Henzler in Konzentration (Arndt) aaO; Lenel, 1. A., S. 2, der von einer über das Wachstum des Wirtschaftszweiges oder der Volkswirtschaft hinausgehenden Vergrößerung bestehender Betriebe spricht.

2) Arndt - Ollenburg aaO S. 7; ähnlich: Rittershausen in Konzentration (Arndt) I S. 304.

3) Lenel S. 4

4) Henzler aaO S. 1545 f Anm. 1.

5) Lenel S. 43; Eucken in Ordo III S. 13.

6) Konzentration (ASU) S. 11.

7) vgl. Walther Herrmann in Betriebsgröße S. 106; Arndt S. 13; Eucken aaO S. 11 f.

8) vgl. die Bildung von Zwangskartellen beim Aufbau der Rüstungswirtschaft vor und während des Zweiten Weltkrieges aufgrund des Zwangskartellgesetzes vom 15.7.1933, RGBl I/488.

Steuervorteile ¹⁾ können die Ursache von Konzentrationsvorgängen sein. Darüber hinaus haben zusammengeschlossene Unternehmen - ebenso wie durch starkes Wachstum vergrößerte Unternehmen - einen leichteren Zugang zum Kapitalmarkt (Emission von Dividenden- und Anleihepapieren). ²⁾ Auch ihre Kreditfähigkeit ist größer, da die Großbanken den kostengünstigeren Großkredit vorziehen. ³⁾

Die wirtschaftlichen Motive der Unternehmen für einen Zusammenschluß sind die Möglichkeiten der Kostenersparnis, der marktpolitischen Zusammenarbeit gegenüber Anbietern und Nachfragenden sowie des Erlangens eines Spielraumes für den Preiskampf gegen Drittkonkurrenten. ⁴⁾

Darüber hinaus stellt auch das Erreichen einer persönlichen Machtposition ein Motiv für die Konzentration dar. ⁵⁾ Das Machtstreben läßt sich jedoch bei der Untersuchung einzelner Fälle kaum als mögliches, entscheidendes oder alleiniges Motiv beweisen. Regelmäßig sind für Konzentrationsentscheidungen wirtschaftliche Überlegungen maßgebend. ⁶⁾

3. Ein Konzentrationsvorgang kann dadurch zur Gefahr für ein beteiligtes Unternehmen werden, daß es seine (relative) Unabhängigkeit ganz oder teilweise verliert und die Unternehmensgemeinschaft die Entscheidungsgewalt über die jeweilige Unternehmensfunktion gewinnt.

-
- 1) Vgl. die Anerkennung der Organschaft im Gewerbe- und Körperschaftssteuerrecht sowie der Schachtelbeteiligung im Körperschafts-, Gewerbe- und Vermögenssteuerrecht: §§ 2 II Nr. 2 Satz 2 GewStG, 7a KStG; §§ 9 KStG, 12 III Nr. 2a GewStG, 102 BewertungsgG. Vgl. zu diesen Fragen auch Pohmer in Betriebsgröße S. 220 ff; Bühler S. 310 ff, 313 ff.
- 2) Henzler aaO S. 1546; Lenel S. 294 ff mit Beispielen; Linhardt in Konzentration (Arndt) III S. 1567; Wessels HDSW X, S. 560.
- 3) Linhardt aaO S. 1564; Walther Herrmann aaO S. 109; Mertens in Betriebsgröße S. 149 f; Hax in Konzentration (Neumark) S. 87.
- 4) Stützel in Konzentration (Arndt) II S. 936.
- 5) Lenel S. 322 ff
- 6) Hengeler-Kreifels in Beiträge Aktienrechtsreform S. 39; Wessels HDSW X S. 552; Konzentration (ASU) S. 11.

Eine Gefahr für die Gesamtwirtschaft ergibt sich häufig aus der durch den Konzentrationsvorgang verursachten Beeinträchtigung des Wettbewerbes, der Bildung von Marktmacht. Dies ist deshalb unerwünscht, weil der Wettbewerb neben dem Privateigentum einer der Grundpfeiler des marktwirtschaftlichen Wirtschaftssystems ist. Der Wettbewerb ist nicht allein Stimulans zur Leistungssteigerung ¹⁾, sondern zugleich auch Regulator, d.h. ein Mittel zur Steuerung und Koordination des Wirtschaftsprozesses. ²⁾ Er ist insofern ein wesentliches Abgrenzungsmerkmal zur Zentralverwaltungswirtschaft. ³⁾

Die jeweiligen Konzentrationsmotive sind der Impuls für die Herbeiführung entsprechender Vorteile im einzelwirtschaftlichen Bereich.

Kostenvorteile können bei Unternehmenszusammenschlüssen erreicht werden durch eine Zentralisierung des Einkaufs und Absatzes, der Produktion sowie durch Zusammenlegung von Abteilungen und Stäben. Kosteneinsparungen bringt der durch den Betrieb einer gemeinsamen Einkaufs- und Absatzorganisation bewirkte Organisationsvorteil ⁴⁾ und die Angliederung von Lieferanten und Abnehmern ⁵⁾ mit sich. Im Bereich der Produktion können Kosten erspart werden durch ein besseres Ausnutzen von Produktionskapazitäten ⁶⁾ und die möglichst verlustlose Nutzung einer

-
- 1) Dies ist auch in einer Zentralverwaltungswirtschaft möglich.
 - 2) Röpke HDSW XII S. 32; Machlup HDSW XII S. 47; Müller in Konzentration (Neumark) S. 122.
 - 3) Röpke aaO
 - 4) Heinen in Konzentration (Arndt) III S. 1641 ff, 1646 ff; über die Aufgaben des Stab- und Formstahlkontors vgl. Ochel in Festschrift Muthesius S. 84 f.
 - 5) Konzentration (ASU) S. 11; Günter Sieber S. 18; Beckmann - Pausenberger S. 68 bzgl. der Fusion.
 - 6) vgl. die diesbezügliche Zusammenarbeit zwischen VW und Audi-NSU, FAZ vom 25.11.1969 (Nr. 273) S. 16; vgl. auch Henzler aaO S. 105 f; Wessels HDSW X S. 560,

vorhandenen Energie ¹⁾ sowie die durch eine Spezialisierung ²⁾ der einzelnen Unternehmen bewirkte Erhöhung der Losgrößen ³⁾. Ein kostenvermindernder Effekt zeigt sich auch beim Aufbau und der Aufrechterhaltung gemeinschaftlicher Stäbe ⁴⁾, insbesondere kostspieliger Forschungsstäbe ⁵⁾. Selbst gemeinschaftliche Werbung führt zu Kosten- und Wirkungsvorteilen. ⁶⁾

Bei der marktpolitischen Zusammenarbeit gegenüber Anbietern können zusammengeschlossene Unternehmen die Tatsache, daß sie Großabnehmer sind, so ausnutzen, daß sie ihren Einkaufspreis über den üblichen Mengenrabatt hinaus herunterdrücken. ⁷⁾ Entsprechend können sie gegenüber ihren Abnehmern eine einheitliche Gestaltung der Preise und der Qualität ihrer Produkte sowie sonstiger Vertragsbedingungen bewirken. Somit sind sie in der Lage, sich von dem Druck des Preis- und Qualitätswettbewerbs zu befreien.

Der Gefahr, bei Nachfrage- und Preisschwankungen zu starke Verluste hinnehmen zu müssen, entgehen Unternehmen durch eine Verbindung, die eine größere Diversifikation, verbunden mit einer Spezialisierung, gestattet. ⁸⁾ Diese

1) Dies führte auch zur Bildung der rheinisch-westfälischen Verbundwirtschaft, vgl. Krähe HDSW XI, S. 1 ff; Wessels HDSW X, S. 561.

2) Mellerowicz in Festschrift Hasenack S. 471; Hax in Konzentration (Neumark) S. 77.

3) vgl. hierzu Gerd Stieler von Heydekampf im Spiegel vom 17. März 1969 (Nr. 12) S. 84 für die Automobilproduktion; Hax in Konzentration Neumark S. 76; Molsberger S. 68 f.

4) Eugen Sieber in Betriebsgröße S. 77 ff.

5) Damit ist nur der Kostenvorteil gemeinschaftlicher Forschungsabteilungen angesprochen. Die Behauptung, die Forschungsergebnisse würden besser infolge der umfangreicheren Finanzierung der Forschung größer oder zusammengeschlossener Unternehmen, wird wegen der dagegen geäußerten Bedenken nicht übernommen; vgl. Lenel, Fortschritt, passim mit weiteren Nachweisen.

6) Sundhoff in Konzentration (Arndt) III S. 1598 f; Lenel S. 269 ff; Hax aaO S. 82.

7) Hax aaO S. 79

8) Arndt S. 14; Lenel S. 200 ff; Kantzenbach S. 124 f; Günter Sieber S. 18 f.

größere Diversifikation der Produktion verschiedener Unternehmen, verbunden mit einer internen Verlustkompensation, vermindert das Risiko der einzelnen Spezialisierungen und gestattet insbesondere bei Verfolgung einer Mischkalkulation einen scharfen Preiskampf mit Drittkonkurrenten ¹⁾, der zu deren Vernichtung führen kann ("Vernichtungswettbewerb").

Im einzelwirtschaftlichen Bereich hat die Kostenersparnis eine Risikominderung zur Folge. Bei angenommen gleich bleibendem Absatz und Preis führt die Kostenersparnis zu einer Ertragserhöhung und somit zu einer Rentabilitätsverbesserung. Das gleiche Ergebnis zeitigt die marktpolitische Zusammenarbeit. ²⁾ Die Verfolgung dieser beiden Motive bewirkt also eine Leistungssteigerung der Unternehmen. Eine einzelwirtschaftliche Leistungssteigerung stellt auch die Fähigkeit dar, einen Preiskampf mit einem Mitbewerber durchzustehen.

Konzentrationsvorgänge bewirken demnach eine Rationalisierung ³⁾ und Rentabilitätsverbesserung ⁴⁾ und somit eine Leistungssteigerung der zusammengeschlossenen Unternehmen.

Konzentrationsvorgänge können sich jedoch auch positiv auf die Gesamtwirtschaft auswirken. So kann der jeweilige Konzentrationsvorgang, wenn er technisch-organisatorische Rationalisierungen mit sich bringt, zur Einsparung von Kostengütern je produzierter Einheit führen. ⁵⁾ Die ersparten Güter können infolgedessen an anderer Stelle der Gesamtwirtschaft eingesetzt werden, wodurch eine Verbesserung der Güterversorgung und eine Erhöhung des Sozialproduktes erreicht wird. ⁶⁾

1) Stützel in Konzentration (Arndt) II S. 936; Gäfgen in Kompendium II S. 191.

2) Konzentration (ASU) S. 11.

3) vgl. darüber allgemein Jaffenschmidt in Konzentration (Arndt) II S. 813 f.

4) vgl. darüber allgemein Brandt in Konzentration (Arndt) III S. 1500.

5) Konzentration (ASU) S. 15; Müller in Konzentration (Neumark) S. 124 ff; Gäfgen in Kompendium II S. 190 f.

6) Konzentration (ASU) aaO.

§ 3 Die Formen der Konzentration.

1. Von den bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise der Konzentration auftretenden Arten der horizontalen, vertikalen und diagonalen Zusammenschlüsse sind die rechtlichen Formen der Konzentration zu unterscheiden.

Seitdem sich die rechtswissenschaftliche Literatur dem Problem der Konzentration zugewandt hat, bemüht sie sich um eine Systematisierung der Konzentrationsformen. ¹⁾

Neben den wichtigsten Formen der Kartelle, Konzerne und Fusionen stehen Verbände, Funktionsgemeinschaften, Teilunternehmergemeinschaften und Trusts.

Während bei der Konzernbildung die rechtliche Selbständigkeit der Konzernunternehmen unberührt bleibt, bewirkt die Fusion eine rechtliche Vereinheitlichung der fusionierenden Unternehmen. Deshalb ist sie von der Konzernbildung leicht zu unterscheiden. Die Verbände dienen wirtschaftspolitischer (Unternehmerverbände) oder sozialpolitischer (Arbeitgeberverbände) Interessenwahrnehmung. ²⁾

Bei den Funktionsgemeinschaften betreiben die beteiligten Unternehmen einzelne Tätigkeiten gemeinschaftlich oder verwalten und verwerten einzelne Vermögensteile gemeinsam. ³⁾ So existieren Gemeinschaften für den Ein- und Verkauf, die Ausfuhr, die Produktion und gemeinschaftliche Benutzung von Patenten, die Forschung und Entwicklung, die Haftung für Großprojekte im Versicherungsgewerbe, die Ausgabe von Wertpapieren und andere Zwecke. ⁴⁾

Die Teilunternehmergemeinschaft, die Harms ⁵⁾ zu den Funktionsgemeinschaften zählt, wird von Rasch ⁶⁾ als eine

1) vgl. z.B. Fritz Haußmann, Grundlegung, 1926; Geiler ZBH 1926/188 ff.

2) Rasch in Beiträge Handelsrecht S. 156/726; Ernst Huber, Bd I, S. 243 f; Arbeitskreis Krähe, Konzernorganisation S. 19; Harms S. 172.

3) Rasch S. 47

4) Rasch S. 47 f; von Wallis S. 11 nennt diese Gemeinschaften Arbeitsgemeinschaften.

5) S. 173

6) S. 48 f

Konzentrationsform eigener Art betrachtet. Sie stellt keine Zusammenfassung einzelner Unternehmensfunktionen dar, sondern zeigt sich bereits als Zusammenfassung umfassender unternehmerischer Tätigkeit, wenn sie auch nicht die an ihr beteiligten Unternehmen als Ganzes, sondern abgrenzbare Teile von ihnen, also regelmäßig bestimmte Betriebe, wirtschaftlich vereint. Zu den Teilunternehmergemeinschaften zählt Rasch ¹⁾ die Gemeinschaftsunternehmen, Teilinteressengemeinschaften und Teilpachtgemeinschaften. Bei diesen Teilunternehmergemeinschaften wird zwar das "Teilunternehmen" von den die Teilunternehmergemeinschaft bildenden Personen oder Gesellschaften gegründet und gemeinschaftlich beherrscht, jedoch leiten diese Unternehmensträger ihre Unternehmen nicht einheitlich. ²⁾

2. Kartelle, Konzerne und Trusts sollen eingehender voneinander abgegrenzt werden.

Das rechtswissenschaftliche Schrifttum hat sich lebhaft um eine Erläuterung dieser Begriffe, die sich vor jeder Klärung zurückzuziehen schienen ³⁾, bemüht. Während man zunächst nur das Gegensatzpaar Kartell und Trust untersuchte ⁴⁾, wurde der Trustbegriff, nachdem sich die Literatur dem Konzernbegriff zugewandt hatte, allmählich weniger interessant. Insbesondere wegen der Unklarheit über den Begriffsinhalt geriet der Begriff "Trust", nachdem man ihn sogar mit dem des Konzerns gleichzusetzen versuchte, allmählich außer Übung. ⁵⁾ Damit waren Kartell und Konzern zu dem Gegensatzpaar geworden, um dessen begrifflich klare Trennung die umfangreiche Literatur bemüht war und ist, und die schließlich durch die KartellVO von 1923 und das AktG 1937 zu Zentralbegriffen gesetzlicher Regelungen wurden.

1) S. 49

2) S. 50

3) vgl. Tschierschky S. 14 f.

4) z.B. Liefmann, Kartelle und Trusts; Tschierschky, Kartell und Trust.

5) Harms S. 173

- a) Sowohl beim Kartell als auch beim Konzern sind rechtlich selbständige Unternehmen durch ein Gesellschaftsverhältnis verbunden. ¹⁾ Zur Abgrenzung der beiden Begriffe voneinander hat die Literatur teils vergebliche Versuche unternommen. So eignen sich zur Unterscheidung weder der Zweck der Verbindung, ihre Rechtsform und Dauerhaftigkeit noch die wirtschaftliche Selbständigkeit der einzelnen Unternehmen. ²⁾ Der Konzern kann ebenso wie das Kartell den Wettbewerb der in ihm verbundenen Unternehmen beeinflussen ³⁾ (Außenwirkung), und das Kartell kann ebenso wie der Konzern eine Spezialisierung der einzelnen Unternehmen oder die Rationalisierung ihrer Betriebe bewirken ⁴⁾ (Innenwirkung). Die Rechtsform ist für die Unterscheidung unwesentlich. ⁵⁾ Dies gilt auch für die Dauerhaftigkeit, denn sowohl das Kartell als auch der Konzern können je nach Vereinbarung ordentlich und bei Vorliegen eines wichtigen Grundes fristlos (§ 297 AktG 1965, § 13 GWB, § 723 BGB) gekündigt werden. Eine wirtschaftliche Abhängigkeit der einzelnen Unternehmen existiert nicht nur im Subordinationskonzern, sondern ist bis zu einem gewissen Grad auch beim Syndikat (§ 5 III GWB) möglich, ⁶⁾ das im eigenen Namen und eigenen Interesse handeln und selbst Hilfseinrichtungen betreiben kann ⁷⁾, annähernd wie ein fusioniertes Großunternehmen funktioniert und die syndikatsgebundenen Unternehmer zu Lohnindustriellen werden läßt. ⁸⁾ Als Beispiel nennt Flechtheim ⁹⁾ das Rheinische Braunkohlensyndikat, das die Marken der einzelnen in ihm verbundenen Unternehmen unterdrückte, die Einheitsmarke "Union" einführte und so die Kundenbeziehungen der ein-

1) Müller-Henneberg in Gemeinschaftskommentar GWB Anm. 1 vor § 1; Rasch S. 50.

2) Harms S. 176 ff

3) Rasch S. 51; Reinhardt in HDSW X S. 551; Netter ZBH 1927/105.

4) vgl. §§ 5 und 5a GWB

5) Harms S. 187

6) Ernst Huber aaO S. 299

7) Müller-Henneberg in Gemeinschaftskomm. GWB Anm. 15 vor § 1.

8) Ernst Huber aaO S. 298 f; vgl. auch Müller-Erbach S. 409.

9) In Strukturwandlungen I S. 347 f

zelnen Unternehmen unterbrach. Andererseits kommt es vor, daß eine Beherrschungsmöglichkeit von dem herrschenden Konzernunternehmen nicht wahrgenommen wird, insbesondere bei Banken gegenüber abhängigen Brauereien.¹⁾ Dagegen hat Harms²⁾ als wesentliche Unterscheidungsmerkmale des Konzerns vom Kartell die Unternehmensfunktion, die Vollgemeinschaft, die Souveränität und Exklusivität herausgearbeitet.

Die Unternehmensfunktion unterscheidet man von dem Gegensatzbegriff der Hilfsfunktion. Auch im Gesellschaftsrecht sind diese Begriffe bereits geläufig. So sind die Genossenschaften vom Gesetz als Förderungs- oder Selbsthilfeunternehmen³⁾ vorgesehen und stellen eine "Ergänzungswirtschaft"⁴⁾ für die Betriebe der Genossen dar.⁵⁾ Für Gesellschaftsunternehmen ist dagegen eigenes Erwerbsstreben der Gesellschaft selbst wesentlich. Auch der Konzern verfolgt eigene, konzernwirtschaftliche Interessen. Er übt Unternehmensfunktionen⁶⁾ aus, was auch in der Auffassung zum Ausdruck kommt, er vernichte die Unternehmen der Konzernmitglieder⁷⁾. Das Kartell dagegen ist - auch in der inten-

- 1) So läßt z.B. die Bayerische Hypotheken- und Wechsel-Bank, die Bank mit den meisten Brauereibeteiligungen - vgl. FAZ vom 22.11.1969 (Nr. 271) S. 21 - den Brauereien, an denen sie beteiligt ist, freie Hand, vgl. FAZ vom 4.10.1969 (Nr. 230) S. 18.
- 2) S. 192 ff
- 3) Raiser in Verh. 39 DJT, Teil B S. 69; Eichler in Gestaltwandel S. 60; Geiler ZBH 1926/190.
- 4) Stupka in Festschrift Hasenack S. 140.
- 5) Die Produktivgenossenschaft, die in der Praxis fast keine Bedeutung erlangt hat, nähert sich dagegen der Gesellschaftsunternehmung an, vgl. Liefmann, Unternehmensformen S. 155 ff.
- 6) Harms S. 196 mit Einschränkungen. Stellungnahme RefE S. 11 spricht von der "unternehmerischen Einheit" des Konzerns. Dem widerspricht nicht die Ansicht Dölfers (S. 108) von der abhängigen Konzern-AG als einem förderungswirtschaftlichen AG-Typ, der die Muttergesellschaft fördere, da er hier die abhängige Konzern-AG für sich betrachtet.
- 7) Mestmäcker in Festgabe Kronstein S. 134 für Organgesellschaft. Ders. S. 303 für abhängiges Unternehmen überhaupt. Grundsätzlich zustimmend: Sapper S. 75.

sivsten Form des Syndikats - eine "Hilfsgesellschaft" ¹⁾ zur Verfolgung der Unternehmensinteressen seiner Mitglieder.²⁾

Während sich eine Vollgemeinschaft ³⁾ auf das Unternehmen als Ganzes erstreckt, erfassen Teilgemeinschaften ⁴⁾ nicht alle Unternehmensbereiche der Gemeinschaftsmitglieder. Auch das Kartell übernimmt nicht alle unternehmerischen Funktionen der Mitglieder; die Rechte des Kartells gegenüber dessen Mitgliedern bzw. deren Pflichten gegenüber dem Kartell sind sachlich begrenzt ⁵⁾. Selbst die Syndikatsmitglieder besitzen einen syndikatsfreien Raum ⁶⁾. Dagegen existiert - trotz abweichender Auffassungen ⁷⁾ - kein konzernfreier Raum; der Konzern umfaßt die Konzernunternehmen als Ganzes ⁸⁾.

Die Souveränität wird von Harms ⁹⁾ definiert als die Fähigkeit der Leitung des Unternehmenszusammenschlusses, über das Verbleiben der Unternehmen in dem Zusammenschluß zu entscheiden. Unbeachtet der rechtlichen Möglichkeit der Kündigung des Konzernverhältnisses durch das abhängige Konzernunternehmen, seien solche Kündigungen in Sub-

- 1) Harms S. 196. Ähnlich v. Wallis, Besteuerung S. 20; Müller-Erzbach S. 178 f; ähnlich Geiler ZBH 1926/190.
- 2) Deshalb spricht Tschierschky S. 19 f von der genossenschaftlichen Organisation des Kartells.
- 3) Diesen Begriff wendet schon Friedländer S. 43 auf Konzerne an.
- 4) Dies gilt auch für die Funktionsgemeinschaften.
- 5) v. Wallis aaO S. 21; sinngemäß Friedländer S. 124; Godin-Wilhelmi § 18 Anm. 9; Schlegelberger-Quassowski § 15 Rdn 8; Walther Herrmann in Betriebsgröße S. 94; Adler-Düring-Schmaltz, 2.A., § 128 Tz 50; Möhring, Vortrag S. 17; Deringer-Herrmann BB 66/1160.
- 6) Harms S. 196
- 7) So bei der Betrachtung des Konzerns im Recht der Wettbewerbsbeschränkungen; Gandenberger S. 113; Miethke S. 35; Fikentscher, Interessengemeinschaft S. 52 f.
- 8) Baumbach-Hueck § 18 Rdn 4; Würdinger S. 276; Godin-Wilhelmi, 2.A., § 15 Anm.1 spricht von einheitlicher Leitung mit sachlich unbegrenzter Zuständigkeit. Deringer-Herrmann BB 66/1157; auch Geiler, ZBH 1926 S. 192 betrachtete bereits den Konzern im Gegensatz zum Kartell als Vollgemeinschaft. Ebenso Netter ZBH 1927/64 f.
- 9) S. 192 f

ordinationskonzernen kaum bekannt geworden. Vielmehr "verstoße" die Konzernleitung das Mitglied manchmal in die Selbständigkeit ¹⁾). Dagegen verbleibt bei Kartellen die Entscheidungsmacht bezüglich der Beendigung der Kartellverbindung bei den einzelnen Mitgliedern. ²⁾ Diese Souveränität der Konzernleitungen gegenüber den abhängigen Konzernunternehmen ist ein Ausfluß der Beherrschungsmöglichkeit. Da die Abhängigkeit der Kartellmitglieder vom Kartell nicht die Regel sein wird und insbesondere infolge der Tatsache, daß das Kartell eine Teilgemeinschaft darstellt, nicht umfassend ist, verbleibt den Kartellmitgliedern ein größerer faktischer Spielraum für ihre Entscheidung über den Verbleib im Kartell. Demgegenüber ist die Konzernleitung in der Lage, in alle Unternehmensbereiche der abhängigen Konzernunternehmen einzugreifen. Darin liegt auch die Möglichkeit begründet, ein abhängiges Konzernunternehmen zu veranlassen, von seinem Kündigungsrecht keinen Gebrauch zu machen. ³⁾

Der Begriff der Exklusivität besagt, daß ein Unternehmen zwar mehreren Kartellen, aber nur einem Konzern angehören kann. ⁴⁾ Auch die Exklusivität ist ein Ausfluß der Tatsache, daß der Konzern eine Vollgemeinschaft darstellt. ⁵⁾ Sie ist dagegen nicht in der Abhängigkeit begründet, so daß sie damit auch für den Koordinationskonzern gilt.

- b) Der Begriff "Trust", der hier nicht im Sinne des anglo-amerikanischen Rechts ⁶⁾ verstanden wird, ist von der älteren Literatur vom Konzern nur in seiner wirtschaftlichen Zielsetzung unterschieden worden. Dem Kartell maß man Außenwirkung, dem Konzern Innenwirkung, dem Trust

1) Harms S. 193

2) Harms aaO; Friedländer, JW 1928/2188 spricht von 696 Kündigungsanträgen gem. § 8 KartellVO bis zum 1. Okt. 1926.

3) Ähnlich Godin-Wilhelmi, 2.A., § 15 Anm. 3 für "Interessengemeinschaften".

4) Harms S. 199

5) Harms S. 204: "Souveränität und Exklusivität bezeichnen dieselbe Scheidelinie...".

6) vgl. darüber Willenberg S. 5 ff.

Außen- und Innenwirkung bei. ¹⁾ Dabei wurde der Trust regelmäßig als eine Zusammenfassung rechtlich selbständiger Unternehmen verstanden. ²⁾ Er wurde als eine monopolistische Verbindung mehrerer einheitlich geleiteter Unternehmen definiert ³⁾, kurz: als monopolistischer Konzern.⁴⁾

Daneben wird der Trust als ein Unternehmenszusammenschluß verstanden, der auch die rechtliche Selbständigkeit der einzelnen Mitgliedsunternehmen beseitigt.⁵⁾ Damit unterscheidet er sich aber nicht von einem fusionierten Großunternehmen.

Da die wirtschaftliche Zwecksetzung sich bereits bei der Abgrenzung des Konzerns vom Kartell als unzureichendes Kriterium erwiesen hat, ist sie auch bei der Unterscheidung des Konzerns vom Trust nicht zweckmäßig. ⁶⁾ Deshalb wurde die Möglichkeit gesehen, den Trust durch rechtliche Organisationsmerkmale vom Konzern abzugrenzen. Harms ⁷⁾ betrachtet deshalb den Trust als eine Verbindung rechtlich selbständiger Unternehmen unter einheitlicher Leitung, wobei jedoch die Verbindung selbst auch rechtlich selbständig ist - sei es als Personal- oder als Kapitalgesellschaft. Somit ist der Trust anders als der Konzern nicht nur Innengesellschaft, sondern Innen- und Außengesellschaft.

1) Friedländer S. 17; Rasch S. 355; Rosendorff S. 18f v. Wallis, Besteuerung S. 20; Bühler S. 243; Hans Schäffer in Strukturwandlungen I S. 314 ff.

2) Friedländer S. 17; Rasch aaO; Brendl S. 21.

3) Liefmann, Unternehmensformen, S. 61, 124; Friedländer, 1.A., S. 31; Rasch aaO; Rosendorff S. 19; RFH bei Ritter § 15 Anm. 2; Liefmann, Beteiligungsgesellschaften S.143; Brendl S. 9 f.

4) Friedländer S. 17; Adler-Düring-Schmaltz, 3.A., § 128 Tz 115; dagegen Schmalenbach S. 183.

5) v. Wallis, Besteuerung S. 20; Würdinger, 1.A., S. 273; Müller-Drzbach S. 409; Adler-Düring-Schmaltz, 3.A., aaO; Koberstein S. 97.

6) vgl. auch Harms S. 172

7) S. 201 ff

Erstes Kapitel: Der Unterordnungskonzern.

§ 4 Konzern und Konzernrecht.

1. Jede rechtliche Gestaltungsform bringt bestimmte rechtliche Aufgaben mit sich. Auch der Konzern als rechtliche Organisationsform des Wirtschaftslebens involviert Probleme, die aus der Tatsache entspringen, daß der Konzern einerseits eine wirtschaftliche Einheit, andererseits eine rechtliche Vielheit darstellt.

Die Rechtsordnung, die von Rechtssubjekten ausgeht, sieht sich vor die Aufgabe gestellt, ein Gebilde zu begreifen, das keine Rechtsfähigkeit besitzt und dessen entscheidendes Merkmal nicht in der Existenz verschiedener rechtlich selbständiger Unternehmen besteht, sondern in den wirtschaftlichen Beziehungen dieser Unternehmen zueinander. Dieses Oszillieren des Konzernbegriffs zwischen den rechtlichen und wirtschaftlichen Tatsachen führte zu Beginn der wissenschaftlichen Determination des Konzerns dazu, daß man einerseits den Konzern als Einheit, als komplexes Unternehmen betrachtete ¹⁾, aber andererseits die einzelnen Unternehmen in den Vordergrund stellte ²⁾. Schließlich setzte sich die Auffassung durch, daß der Konzernbegriff ein Zweckbegriff ist ³⁾ und somit je nach dem Zweck der jeweiligen gesetzlichen Regelung beurteilt werden muß.

2. Das geltende Konzernrecht ist im Aktiengesetz 1965 geregelt.

1) vgl. Isays Einheitstheorie bzgl. der Unternehmensschädigung, S. 87, 96 ff. Differenzierend Friedländer, Konzernrecht, 1.A., S. 42 ff. Über die Folgen der Einheitstheorie vgl. W. Ludewig S. 173.
2) Haussmann S. 26 ff; ders., Grundlegung S. 69 ff, 92 ff.
3) Friedländer S. 34; ders., Aktienrecht S. 5; Haussmann S. 30; Kronstein S. 4.

Eine Legaldefinition des Konzerns enthielt bereits § 15 des AktG 1937. Während Abs. I den Konzernbegriff allgemein definierte, enthielt Abs. II eine unwiderlegliche Konzernvermutung für herrschende und abhängige Unternehmen, wenn der beherrschende Einfluß ausgeübt wurde. Demgegenüber beginnt § 18 AktG 1965 mit der allgemeinen Definition des Abhängigkeitskonzerns, schließt eine unwiderlegliche Konzernvermutung für die Fälle des Beherrschungsvertrages und der Eingliederung an und vermutet bei Bestehen eines Abhängigkeitsverhältnisses - allerdings ohne daß von der Beherrschungsmöglichkeit Gebrauch gemacht werden muß - widerleglich einen Konzern. Abs. II definiert den Gleichordnungskonzern. Eine dem § 15 I AktG 1937 entsprechende allgemeine Konzerndefinition enthält § 18 AktG 1965 nicht. Die Konzerndefinition des AktG 1965 ist klarer, bezüglich des Abhängigkeitskonzerns differenzierter, stimmt aber mit der Definition im AktG 1937 materiell überein.

Ein Konzernrecht gab es teilweise bereits, bevor es eine Legaldefinition des Konzerns gab. Abgesehen von der Anerkennung der Schachtelbeteiligung durch das Körperschaftssteuergesetz von 1920 ¹⁾ wurde erst durch die Aktienrechtsnovelle von 1931 ²⁾ die Begriffe "Konzerngesellschaft" ³⁾ "abhängige Gesellschaft" ⁴⁾, und "abhängiges Unternehmen" ⁵⁾ in das Aktienrecht des HGB eingeführt. Im AktG 1937 hielt man eine Konzerndefinition für erforderlich, weil eine Reihe von Vorschriften an den Begriff des Konzernunternehmens ⁶⁾ und an das Bestehen eines Abhängigkeitsverhältnisses anknüpften. ⁷⁾

Das Konzernrecht des AktG 1965 ist im wesentlichen im

1) RGBI S. 393

2) Vorschriften über Aktienrecht im Ersten Teil der Verordnung des Reichspräsidenten über Aktienrecht, Bankenaufsicht und über eine Steueramnestie vom 19.9.1931 (RGBI. I, 493).

3) ~~§§~~ 246, 260a, 261a, 261d

4) 226 IV

5) 240a

6) ~~§§~~ 95 II, 112 I, 128 II, 131 I und VI, 134 Nr. 2

7) ~~§§~~ 51, 65, 80 I, 114 VI, 131 I, 137 II

Dritten Buch geregelt. Besonders für Konzerne gelten die Vorschriften über die Rechnungslegung im Konzern (§§ 329 ff). Im übrigen können die für die übrigen verbundenen Unternehmen (§ 15) geltenden Vorschriften zum Teil auf Konzernunternehmen angewandt werden.¹⁾ Die Regelung des Konzernrechts im AktG bedeutet eine Beschränkung der Anwendbarkeit der Konzernrechtsvorschriften. Voraussetzung ihrer Anwendung ist die Existenz mindestens einer AG oder KGaA als Konzernmitglied.²⁾ Das Konzernprivatrecht ist, obwohl die Forderung zur Bildung eines allgemeinen Konzernrechts schon frühzeitig erhoben wurde³⁾, gegenwärtig noch aktiengesellschaftliches Konzernrecht. Wegen der Regelung des Konzernrechts im AktG wurde das Bestreben, die Vorschriften über die Konzernrechnungslegung auch auf solche Konzerne auszudehnen, in denen zwar keine AG, aber eine GmbH mit anderen Unternehmen verbunden ist⁴⁾, aus systematischen Gründen abgelehnt. Der RefE GmbHG sieht nun für den GmbH-Konzern besondere gesetzliche Vorschriften vor.

§ 5 Der Tatbestand des Unterordnungskonzerns im Aktiengesetz.

Nach § 18 I 1 und Abs. II wird ein Konzern von Konzern-

- 1) vgl. im einzelnen Würdinger S. 277 und Havermann, Wp 66/30 ff, 60 ff, 90 ff.
- 2) Amtl. Begründung S. 216; dies galt auch für das AktG 1937, vgl. Schlegelberger-Quassowski § 15 Anm. 2; Rasch, 2. A., S. 221.
- 3) Curt E. Fischer, AcP 154/182 ff, 197 ff; Möhring (NJW 66/1), das neue Konzernrecht sei vordergründig auf AGen bezogen worden; ders., Vortrag S. 5 und NJW 67/4; Schreier in Beiträge Wirtschaftsrecht II S. 811; Haußmann, Grundlegung S. 180; Ballerstedt in Konzentration (Arndt) II S. 903 f.
- 4) vgl. BT-Drucksache IV/203

unternehmen gebildet. Ein Konzern ist also nur dort gegeben, wo Unternehmen im Sinne des Konzernrechts unter einheitlicher Leitung zusammengefaßt sind. Kurz: ein Konzern setzt logisch Konzernunternehmen voraus. Andererseits erhält jemand nur dann die Qualifikation eines Konzernunternehmens, wenn ein Konzern besteht: ohne Konzern keine Konzernunternehmen.

Nach den Definitionen in §§ 15 und 18 AktG sind Konzernunternehmen rechtlich selbständige Unternehmen, die unter einheitlicher Leitung zusammengefaßt sind. Im Unterordnungskonzern wird die einheitliche Leitung vom herrschenden Unternehmen gegenüber dem oder den abhängigen Unternehmen ausgeübt. Die einheitliche Leitung ist das Merkmal, durch welches sich die Konzernunternehmen im Unterordnungskonzern von dem herrschenden und abhängigen Unternehmen nach § 17 I AktG unterscheiden. Deshalb werden im folgenden zunächst die den §§ 17 I und 18 I AktG gemeinsamen Merkmale erläutert, im Anschluß daran das besondere Konzernmerkmal der einheitlichen Leitung.

1. Der Begriff der rechtlichen Selbständigkeit ist kein rechtstechnischer Begriff des Zivilrechts. Durch seine Verwendung soll die Konzernbildung nur von der Verschmelzung abgegrenzt werden.¹⁾ Die im Konzern zusammengefaßten Unternehmen sollen also die Rechtsfähigkeit oder eine - wenn auch sehr schwache - Teilrechtsfähigkeit behalten (erhalten), die sie nach dem Zivil- und Handelsrecht erhalten haben (erhalten können).²⁾ Rechtlich selbständig sind also natürliche und juristische Personen, der nicht-rechtsfähige Verein sowie die bekannten Personengesellschaften. Auch die GbR fällt darunter. Als nicht rechtlich selbständig könnte man alle gemeinschaftsvermögenslosen³⁾ Innen-

1) Baumbach-Hueck § 15 Rdn. 6; Rosendorff S. 18; Curt E. Fischer AcP 154/118 nennt die Konzernierung eine "stille Fusion".

2) Sinngemäß Würdinger S. 256

3) Daß die Innengesellschaften kein Gemeinschaftsvermögen besitzen, ist herrschende Meinung, vgl. z.B. Geiler in Düringer-Hachenburg Anm. 316; v.Wallis S. 20.

gesellschaften bezeichnen. Demnach wäre auch die Stille Gesellschaft rechtlich nicht selbständig.¹⁾ Bei den Innengesellschaften können nur die einzelnen Personen - bei der Stillen Gesellschaft z.B. der ein Handelsgewerbe Betreibende und der Stille Gesellschafter je für sich - die Eignung zum Konzernunternehmen besitzen. Zweigniederlassungen einer gewerbetreibenden Person oder Personengesellschaft können zwar wirtschaftlich vollkommen selbständig, d.h. unabhängig von der Hauptniederlassung geführt werden; eine rechtliche Selbständigkeit besitzen sie jedoch nicht.²⁾ Dasselbe gilt für einzelne Betriebe einer Haupt- oder Zweigniederlassung.³⁾

2. Die Praxis hat vielfältige Formen der Zusammenfassung von Konzernunternehmen entwickelt. Hat man in der Vergangenheit Wert darauf gelegt, den Begriff des Zusammenschlusses als Oberbegriff für bestimmte Unternehmensvereinigungen zu fixieren⁴⁾, so kommt es heute, nachdem der Begriff "Verbundene Unternehmen" gewonnen wurde, zunächst nur darauf an festzustellen, daß eine Verbindung von einer gewissen Dauer bestehen muß.⁵⁾

- a) Der Einteilung der konzernbildenden Zusammenfassungsformen hat sich die Rechtswissenschaft schon frühzeitig angenommen. Während schon Hausmann⁶⁾ noch unter privatrechtlichen Gesichtspunkten dingliche und obligatorische Formen unterschied, nahm Kronstein⁷⁾ wenig später eine Dreiteilung vor, wobei er außer dem Vertrag und der Beteiligung ins-

1) Schmidt/Meyer-Landrut bei Gadow-Heinichen, § 15 Anm. 2 bezeichnet dagegen auch die stille Gesellschaft als rechtlich selbständig. Ebenso Schlegelberger-Quassowski § 15 Rdn. 7; Adler-Düring-Schmalz, 3.A., § 128 Tz 117.

2) Rowedder-Haberlandt in Möhring-Schwartz S. 284; Würdinger, 1.A., S. 218.

3) Baumbach-Hueck § 18 Rdn. 3; Teichmann-Köhler § 15 A 1; Rowedder-Haberlandt aaO.

4) Überblick bei Harms S. 171 f; Reinhardt, HDSW X, S. 549.

5) Baumbach-Hueck § 18 Rdn. 6; Godin-Wilhelmi § 18 Anm. 5; Schlegelberger-Quassowski § 15 Rdn. 8; Eckelt, JW 1937/1201 für Beteiligung.

6) Grundlegung S. 106 ff

7) S. 7 f

besondere die Zusammenfassung durch Satzungsregelung aufzeigte. Diese ist zwar theoretisch möglich, kam und kommt jedoch in der Praxis nicht häufig vor.¹⁾

Läßt man sie außer Betracht, so ergeben sich als verbleibende Mittel zur Konzernbildung Organisationsverträge, Schuldverträge, die Beteiligung sowie die Eingliederung, bei deren Vorliegen das Gesetz (§ 18 I 2 AktG) - ebenso wie beim Beherrschungsvertrag - einen Konzern unwiderleglich vermutet.

Unter Organisationsverträgen verstand man ursprünglich Verträge, die auf die Gründung einer Körperschaft gerichtet sind.²⁾ Sodann hat Würdinger³⁾ den Begriff des Organisationsvertrages auch zur Qualifizierung des Verschmelzungsvertrages verwandt. Schließlich wurde mit der gesetzlichen Einführung des Beherrschungsvertrages⁴⁾ und der - bereits im AktG 1937 (§ 256 I) erfolgten⁵⁾ - Anerkennung des Gewinnabführungsvertrages⁶⁾ der Begriff des Organisationsvertrages nochmals erweitert.⁷⁾

-
- 1) Duden BB 57/1234 betrachtet sie deshalb nur zögernd als eine Möglichkeit der Begründung einer förmlichen Konzernverbindung.
 - 2) Raiser in Rechtsleben I S. 109 mit weiteren Literaturangaben; Würdinger, 1.A., S. 104 für Feststellung der Satzung der AG.
 - 3) S. 225; auch bereits 1.A., S. 279.
 - 4) Würdinger S. 288; Rowedder-Haberlandt, aaO S. 293; Godin-Wilhelmi Anm. 8 vor § 291; Kropff, BB 65/1287 der Beh.V. müsse als Satzung der durch ihn zusammengeschlossenen Unternehmensgruppe angesehen und daher auch wie eine Satzung ausgelegt werden.
 - 5) Unter dem Oberbegriff der Gewinngemeinschaft wurde der GAV in § 256 I AktG 1937 als Vertrag zur Abführung von mehr als drei Vierteln des Gewinnes definiert. Das AktG 1965 trennt die Verträge zur Abführung des ganzen Gewinnes oder nur eines Teiles desselben (§ 291 f). Die Gewinngemeinschaft ist im AktG 1965 kein Oberbegriff mehr, sondern ein spezieller Vertragstyp (§ 292 I Nr. 1).
 - 6) Im Schrifttum zum AktG 1937 wurde der GAV nicht als Organisationsvertrag anerkannt. Die Literatur zum AktG 1965 ist zurückhaltend. Bejahend Godin-Wilhelmi Anm. 9 vor § 291. Für das GmbHG vgl. Skibbe, GmbH-Rdsch 1968/245 ff.
 - 7) Dies hatte Würdinger, 1.A., S. 207 bereits gefordert.

Nicht selten wird der Beherrschungsvertrag (§ 291 I 1 Fall 1) mit dem Gewinnabführungsvertrag (§ 291 I 1 Fall 2) zum Organschaftsvertrag verbunden.¹⁾ Die Organschaft ist jedoch kein aktienrechtlicher, sondern ein rein steuerrechtlicher Zweckbegriff.²⁾

Die Schuldrechtsverträge, die mit einer Konzernbildung verbunden sein können, werden in Unternehmensverträge und Austauschverträge unterteilt. Die Unternehmensverträge (§ 291 f) mit Ausnahme des Beherrschungsvertrages bewirken, wenn sie nur die gesetzlichen Mindestanforderungen enthalten, dadurch noch keine Konzernzusammenfassung. Diese Verträge können jedoch Vereinbarungen enthalten, die eine Konzernierung bewirken. Dies gilt besonders für den Betriebspachtvertrag³⁾, der eine Abhängigkeit der Verpächterin von der Pächterin bewirken kann, aber auch für die übrigen Verträge⁴⁾.

Auch sonstige schuldrechtliche Verträge können eine solch große Bedeutung für ein Unternehmen haben, daß es sich in seiner gesamten Geschäftspolitik - auch unfreiwillig - auf den Vertragspartner einstellen muß. Zu ihnen zählen insbesondere langfristige und sehr umfangreiche Lieferverträge⁵⁾, Lizenzverträge⁶⁾, Kreditverträge⁷⁾,

-
- 1) Godin-Wilhelmi Anm. 7 vor § 291; Rasch S. 93; Würdinger S. 261; Baumbach-Hueck Rdn. 4 vor § 291; Hueck, GesellschaftsR S. 266; Geßler DB 65/1694; Möhring NJW 67/4; Flume S. 51; J. Gessler § 291 Anm. 1; Drobnig S. 96; Spieker, Mitbestimmungsgespräch 1969/185.
 - 2) Serick S. 10; Mestmäcker S. 118; Schultze-Schlutius S. 31 ff; dagegen faßte Brandt S. 5 ff den Begriff der Organgesellschaft weiter. Vgl. auch Mutze AG 67/215 f.
 - 3) Zöllner, JuS 68/302; Würdinger S. 306; Mestmäcker S. 317 f; Schmidt/Meyer-Landrut aaO § 15 Anm. 4; Godin-Wilhelmi § 18 Anm. 13; Flume S. 60; Geßler DB 65/1692; Baumbach-Hueck, 12.A., Anm. 3B; Adler-Düring-Schmaltz, 3.A., § 128 Tz 138; Pausenberger S. 83; DJT-Konzernrecht Tz 160, 350; Geßler RPfleger 1966/8.
 - 4) Schmidt/Meyer-Landrut, aaO § 15 Anm. 4; Geßler DB 1965/1693; DJT-Konzernrecht Tz 161.
 - 5) Schmidt-Meyer-Landrut aaO § 15 Anm. 4; Baumbach-Hueck § 17 Rdn. 2; Godin-Wilhelmi § 17 Anm. 2; Mertens in Betriebsgröße S. 151; Schmalenbach, 5.A., S. 123; Adler-Düring-Schmaltz, 3.A., § 128 Tz 144; Schlegelberger-Quassowski, § 15 Rdn. 21.
 - 6) Schmidt/Meyer-Landrut aaO; Baumbach-Hueck aaO.
 - 7) Schmidt/Meyer-Landrut aaO; Baumbach-Hueck aaO; Godin-Wilhelmi § 17 Anm. 2; Schmalenbach S. 179; Adler-Düring-Schmaltz, aaO § 128 Tz 144, 146; Braun v. Stumm S. 16.

entgeltliche Geschäftsbesorgungsverträge ¹⁾ und Dienstverträge ²⁾).

Eine weitere Form der Zusammenfassung von Konzernunternehmen ist die Beteiligung. ³⁾ Sie ist die häufigste Konzernierungsform und regelmäßig Voraussetzung für den Abschluß von Beherrschungsverträgen. ⁴⁾ Wie groß die Beteiligung sein muß, um zu einem Konzernzusammenschluß zu führen, ist je nach der Streuung der übrigen Aktien verschieden. Das Heranziehen der Beteiligung als Konzernierungsmittel bedarf jedoch einer Korrektur. Es ist nämlich nicht die Beteiligung als Vermögens- und Mitverwaltungsrecht, welche die Zusammenfassung bewirkt, sondern das durch die Beteiligung gegebene Stimmengewicht in der Gesellschafterversammlung. Da dies aber auch auf andere Weise als durch Beteiligung begründet werden kann, etwa durch Stimmrechtsbindungsverträge ⁵⁾, ist die Stimmenmacht ⁶⁾ das entscheidende Kriterium. Mit Hilfe der Stimmenmacht hat der Stimmberechtigte in der Hauptversammlung die Möglichkeit, Vertrauensleute in die Verwaltungsorgane der Gesellschaft zu wählen. Dem muß, was die Beeinflussbarkeit des Verwaltungsorgans als ganzes angeht, ein Sonderrecht eines Beteiligten oder sogar Nichtbeteiligten in Form eines Entsendungs- oder Bestimmungsrechts (§ 101 II) gleichstehen. ⁷⁾

Endlich ist die Eingliederung als Zusammenfassungsform zu erwähnen. Sie unterscheidet sich von der Fusion nur durch die Aufrechterhaltung der rechtlichen Selbständigkeit der

1) Baumbach-Hueck aaO

2) Würdinger S. 271; Baumbach-Hueck aaO.

3) Über die verschiedenen Möglichkeiten beim Aufbau des Beteiligungskonzern vgl. Pausenberger S. 65 ff.

4) Würdinger S. 271, 285; Würdinger AG 60/111; Würdinger WuW 67/84 f; Huber ZHR 131/201.

5) Über deren Formen vgl. Willenberg S. 148 ff.

6) Kronstein S. 7 f; vgl. auch Schlegelberger-Quassowski, § 15 Rdn. 17.

7) Godin-Wilhelmi, § 17 Anm. 2; Adler-Düring-Schmaltz, 3.A., § 128 Tz 145.

eingegliederten Gesellschaft, weshalb sie auch als "unechte Verschmelzung" bezeichnet wird ¹⁾.

Darüber hinaus ist die personelle Verflechtung ²⁾ zu nennen, die aber regelmäßig die Folge einer oder mehrerer der oben genannten Möglichkeiten der Konzernbildung darstellt. ³⁾

- b) Diese Zusammenfassungsformen werden eingeteilt in vertragliche und faktische Formen. "Ährend bisher als faktischer Konzern der auf Beteiligungsbesitz beruhende, als Vertragskonzern jeder auf einem Vertrag basierende Konzern betrachtet wurde ⁴⁾, gilt es nun, für den Unterordnungskonzern eine dem neuen Aktiengesetz entsprechende Einteilung zu finden. Kriterium dieser Einteilung ist die satzungsergänzende Weisungsbefugnis des herrschenden Konzernunternehmens. Da eine solche Befugnis durch einen BehV eingeräumt werden kann, ist jeder auf einem BehV beruhende Konzern ein Vertragskonzern ⁵⁾. Darüber hinaus wird auch der Eingliederungskonzern, für den ebenfalls die Weisungsbefugnis typisch ist, als Vertragskonzern bezeichnet. ⁶⁾ Außer dem Beteiligungskonzern ist auch jeder auf schuldrechtlichem Vertrag beruhende Konzern ein faktischer Konzern. ⁷⁾

1) Flume DB 59/194

2) Vgl. Würdinger, 1.A., S. 220; Möhring, NJW 67/4; Baumbach-Hueck, 12. A., § 15 Anm. 2A; Westmäcker S 113; Schmalenbach S. 179; Schmidt bei Gadow-Meinichen, § 15 Anm. 7a.

3) Hax in Betriebsgröße S. 47; Adler-Düring-Schmaltz, 3.A., § 128 Tz 147.

4) vgl. Rasch, 3.A., S. 71, 139; DJT-Konzernrecht, Tz 306, 346 f; Godin-Wilhelmi § 18 Anm. 15.

5) Geßler DB 65/1692; Wilhelmi AG 65/308; Löffelholz S. 111; Adler-Düring-Schmaltz, 4.A., § 311 Tz 1; Ballerstedt in Konzentration (Arndt) II S. 900; Geßler BB 65/682; Mutze AG 67/256; Möhring, Vortrag S. 7.

6) Geßler DB 65/1692

7) Geßler BB 65/682; ders. DB 65/1692; Löffelholz S. 111; Möhring NJW 67/7; ders. Vortrag S. 7.

3. a) Der Abhängigkeitstatbestand anerkennt die Möglichkeit des h.Us., "das abhängige Unternehmen seinem Willen zu unterwerfen und diesen bei ihm durchzusetzen" ¹⁾ bzw. gegenüber dem abhängigen Unternehmen einen beherrschenden Einfluß ausüben zu können ²⁾. Die Abhängigkeit muß von einer gewissen Dauer sein, da andernfalls eine planvolle Einwirkungsmöglichkeit nicht bestehen kann. ³⁾ Von den oben ⁴⁾ genannten Zusammenfassungsformen führen außer dem Beherrschungsvertrag, der Eingliederung und der Beteiligung die sonstigen Schuldrechtsverträge - wenn überhaupt zu einer Konzernbildung - zu einem Abhängigkeitskonzern. Dies gilt auch für die Unternehmensverträge außer der Gewinngemeinschaft. Die Gewinn- bzw. Interessengemeinschaft führt, wenn mit ihr eine Verwaltungsgemeinschaft verbunden ist, häufig zur Bildung eines Gleichordnungskonzerns. ⁵⁾ Dominiert jedoch in einer Interessengemeinschaft mit Gemeinschaftsverwaltung ein Unternehmen, so verbirgt sich hinter dem Gesicht der Gleichordnung ein Subordinationsverhältnis; es handelt sich um einen Unterordnungskonzern. ⁶⁾
- b) Ein abhängiges Unternehmen kann unmittelbar von einem anderen Unternehmen oder mittelbar von einem weiteren Unternehmen abhängig sein. Beide Formen der Abhängigkeit sind nach dem Wortlaut des § 17 I AktG rechtlich gleichwertig. Grundsätzlich sind bei faktischer Abhängigkeit Muttergesellschaft und Tochtergesellschaft je für sich herrschende Unternehmen gegenüber der Enkel-AG. ⁷⁾ Beim Abschluß eines Beherrschungsvertrages zwischen Mutter- und EnkelGes. wird die MutterGes. unmittelbar herrschendes Konzernunternehmen gegenüber der EnkelGes. (§ 18 I 2). Übt die Muttergesellschaft jedoch trotz Bestehens eines Beherrschungsvertrages keinen

1) RGZ 167/40 ff (49).

2) Amtl. Begr. zu § 16 RegE.

3) Vgl. S. 20 Note 5 sowie Adler-Düring-Schmaltz, 4.A., Tz 36 vor §§ 311-313.

4) S. 20 ff

5) Würdinger S. 275; Fikentscher, Interessengemeinschaft S. 22; Godin-Wilhelmi § 18 Anm. 10.

6) Fikentscher aaO

7) Kronstein BB 67/639 f; zögernd Kropff BB 65/1284.

8) Kronstein aaO S. 640 f.

beherrschenden Einfluß auf die Enkelgesellschaft aus, so ist außer der Muttergesellschaft (aufgrund unwiderleglicher Vermutung des § 18 I 2) auch die Tochtergesellschaft (aufgrund widerleglicher Vermutung des § 18 I 3 oder bei tatsächlicher Einflußnahme) unmittelbar herrschendes Konzernunternehmen gegenüber der Enkelgesellschaft. Schließen Tochter- und Enkelgesellschaft einen Beherrschungsvertrag ab, so wird dadurch die mittelbare faktische Abhängigkeit der Enkelgesellschaft von der Muttergesellschaft nicht berührt. ¹⁾

- c) Die Frage nach der Doppelabhängigkeit stellt sich in den Fällen, in denen zwei voneinander unabhängige Unternehmen z.B. je 40% der Anteile einer Gesellschaft besitzen und die übrigen Anteile zersplittert sind. Hier könnte man jedes der beiden beteiligten Unternehmen als herrschend bezeichnen; es läge dann eine Doppelabhängigkeit vor. ²⁾ Granobs ³⁾ bejaht eine mehrfache Abhängigkeit bei Arbeitsgemeinschaften, die i.d.R. unter dem gemeinsamen beherrschenden Einfluß der Gesellschafter-Unternehmen der GbR ständen und somit von jedem dieser Gesellschafter abhängig seien. Berücksichtigt man jedoch, daß bei Ausübung der Beherrschung des einen Unternehmens das andere von der gleichzeitigen Ausübung eines beherrschenden Einflusses ausgeschlossen ist ⁴⁾, so bricht die Konstruktion der Doppelabhängigkeit zusammen. Es sind nicht nur beide Unternehmen (zugleich) keine herrschenden Konzernunternehmen; sie sind auch nicht zugleich herrschende Unternehmen i.S. des § 17 I AktG. Es kann hier nur eine alternative Abhängigkeit der Gesellschaft bestehen.
- Haben sich zwei beteiligte Unternehmen zu einer Stimmrechtsvereinigung zusammengeschlossen, die ihnen die Mehrzahl der Stimmen in der HV sichert, und entscheiden beide Unternehmen

1) Kronstein aaO S. 641

2) So offenbar noch Ritter § 15 Anm. 4c. Zweifelnd, aber bejahend Adler-Düring-Schmaltz, 4.A., Tz 42 vor §§ 311 - 313.

3) DB 66/1363

4) Kronstein BB 67/638

gleichgewichtig über die Stimmabgabe, so besteht ebenfalls keine Doppelabhängigkeit, sondern die beiden Unternehmen bilden eine GbR, die dann herrschend sein könnte.

4. Sind die Zusammenfassungsmöglichkeiten durch die rechtliche Selbständigkeit der Konzernunternehmen bestimmt, so dient die einheitliche Leitung der Verwirklichung der angestrebten wirtschaftlichen Einheit des Konzerns. Dieser wird also alle oder zumindest einen wesentlichen Teil der Aufgaben der bisher wirtschaftlich selbständigen Unternehmen übernehmen müssen. Darauf soll in einem besonderen Paragraphen eingegangen werden.

§ 6 Die einheitliche Leitung insbesondere.

1. Was man unter einheitlicher Leitung im einzelnen zu verstehen hat, wird im Schrifttum vielfach nur angedeutet. Einheitliche Leitung wird z.B. erklärt durch die Begriffe Abstimmung der Geschäftspolitik und sonstiger grundsätzlicher Fragen ¹⁾, planmäßige Koordination und entsprechende Einflußnahme auf die Geschäftsführung ²⁾, planmäßige Ausübung eines bestimmenden Einflusses auf die Geschäftsführung der einzelnen Unternehmen im ganzen oder doch auf die wesentlichen Bereiche derselben ³⁾, Ausübung unternehmerischer Planungs- und Entscheidungsgewalt durch die Konzernspitze ⁴⁾. Hier zeigt sich, daß der Konzern, besser: die Konzernspitze, über alle Konzernunternehmen entscheidet. Im Konzern werden demnach durch die Konzern-

1) Amtl. Begr. RegE § 17

2) Baumbach-Hueck § 18 Rdn. 4

3) Würdinger S. 276

4) Rowedder-Haberlandt in Möhring-Schwartz S. 287.

leitung Entscheidungen über das gegenwärtige und zukünftige Verhalten der Konzernunternehmen mit Wirkung für alle Konzernunternehmen gefällt. Einheitliche Leitung bedeutet somit grundsätzlich das Zusammenfassen von mehreren Entscheidungsräumen zu einem Entscheidungsraum sowie das Bewirken einer einheitlichen, d.h. einer auf die wirtschaftliche Einheit abgestimmten, wenn auch von Unternehmen zu Unternehmen verschiedenartigen Ausführung dieser Entscheidung. Einheitliche Leitung heißt Einheitlichkeit des Entscheidungsinhalts und Einheitlichkeit der Entscheidungswirkung. Damit ergibt sich die Frage nach dem Inhalt der Entscheidung der Konzernleitung sowie deren Ausführung durch die Konzernunternehmen.

2. Da die Konzernspitze einen Teil der Aufgaben der Konzernunternehmen übernehmen muß, wird ihre Leitungsentscheidung durch diese Aufgaben bestimmt. Den Aufgaben nach ist die Tätigkeit von Konzernspitze und Unternehmensspitze also (zumindest teilweise) identisch. Es kann deshalb auch auf das betriebswirtschaftliche Schrifttum zurückgegriffen werden, soweit es die Führung der Unternehmung betrifft. In einer Unternehmung werden drei Arten von Aufgaben unterschieden, nämlich Führungs-, Leitungs- und Ausführungsaufgaben. ¹⁾ Zu den Führungsaufgaben zählen außer der Bestimmung des Unternehmungsgegenstandes und der wirtschaftspolitischen Interessenvertretung die Rahmenplanung bezüglich der Struktur der Unternehmung sowie der Grundsätze der Unternehmungspolitik. ²⁾ Die Leitungsaufgaben dienen der Verwirklichung der Führungsaufgaben ³⁾. Dem Gegenstand nach kann man diese Leitungsaufgaben unterteilen in Beschaffung, Produktion und Vertrieb ⁴⁾. Diese Aufgaben werden als Kern- ⁵⁾ oder Grundfunktionen ⁶⁾ be-
-

1) Meier S. 10

2) ders. S. 10 ff

3) ders. S. 17

4) Schramm S. 18 ff; Pöhlmann S. 14.

5) Schramm aaO

6) Pöhlmann aaO

zeichnet. Das Personal-¹⁾ und das Finanzwesen²⁾, die auch zu den Unternehmungsfunktionen³⁾ bzw. zu den Leitungsaufgaben⁴⁾ gerechnet werden, stellen das Instrumentarium⁵⁾ dar, vermittels dessen die Grund- oder Kernfunktionen der Unternehmung verwirklicht werden. Will die Konzernspitze eine einheitliche Leitung der Konzernunternehmen verwirklichen, so wird sie regelmäßig die Entscheidungsräume der Beschaffungs-, Produktions- und Absatzfragen der einzelnen Konzernunternehmen vereinheitlichen.⁶⁾

Damit ist der Gegenstand der Entscheidung der Konzernspitze umrissen. Zur weiteren Bestimmung des Entscheidungsinhaltes ist die Frage nach der Leistungsintensität zu stellen. Es gilt festzustellen, wie intensiv die Leitung sein muß, um konzerntypisch zu sein, wann die Schwelle von der Einflußnahme zur Beherrschung überschritten ist. Bei der steuerlichen Organschaft ist das abhängige Unternehmen willenlos⁷⁾, eine bloße Betriebsabteilung des herrschenden Unternehmens. Beim Unterordnungskonzern brauchen solche strengen Voraussetzungen nicht vorzuliegen. Die Konzernspitze kann die Konzernunternehmen "am langen Zügel" führen, ihnen also - etwa durch ein "management by exception"⁸⁾ - einen Entscheidungsspielraum belassen und nur ausnahmsweise direkt in die Geschäftsführung eingreifen.⁹⁾ Dies kann insbesondere dann gesche-

1) Schramm aaO; Arbeitskreis Krähe, Unternehmensorganisation, S. 37.

2) Meier S. 23

3) Schramm aaO

4) Meier aaO

5) Schramm aaO bezeichnet das Personalwesen als Zusatzfunktion. Vgl. auch Pöhlmann aaO und Harms S. 113.

6) Vgl. auch Mestmäcker S. 304; Eckelt JW 37/1200, Hardach ZfbF 1961/716.

7) Schultze-Schlutius S. 36

8) Bei einem management by exception erhalten die untergeordneten Geschäftsführungsstellen (hier also die Konzernunternehmen) Richtlinien. Treffen sie Entscheidungen, die über einen bestimmten Grad hinaus von der Richtlinie abweichen, so ist die Unternehmens-(hier: Konzern-) Spitze anzurufen.

9) Vgl. auch Würdinger, 1.A., S. 219; Hax in Betriebsgröße S. 52; Pausenberger S. 118 ff.

hen, wenn das abh. Konzernunternehmen diesen Entscheidungsspielraum nicht zur Mißachtung des Konzerninteresses ausnutzt, sondern sich der Möglichkeit einer jederzeitigen Anweisung durch die Konzernspitze bewußt ist ¹⁾ und deshalb unaufgefordert das Konzerninteresse verfolgt. Dem Konzernunternehmen kann insofern eine gewisse "gebundene" Freiheit gewährt werden, als diese Freiheit nicht zu einem völlig freien Eigenwillen des Konzernunternehmens führt, sondern der Eigenwille (die eigene Entscheidung) durch die Konzernspitze im Interesse des Konzerns fremdbestimmt ist. Das Konzernunternehmen handelt also aufgrund Fremdwillens oder fremdbestimmten Eigenwillens. ²⁾

3. Die Fixierung der Einheitlichkeit der Entscheidungswirkung ist ein Ausfluß der Einheitlichkeit des Entscheidungsinhaltes. Hier stellt sich - wie überall dort, wo Entscheidungen gefällt und ausgeführt werden müssen - die Frage, wer diese Entscheidungen fällt, wer sie ausführt und wie sich die Beziehung des Entscheidenden zum Ausführenden gestaltet. Es ist die Frage nach dem Aufbau der Konzernverwaltung und dem Ablauf des Entscheidungs- und Ausführungsprozesses, d.h. nach der Konzernorganisation, nach der Strukturierung des Gebildes und des Prozesses, wobei bereits im voraus festgestellt werden kann, daß die Gebildestruktur von der Prozeßstruktur bestimmt sein muß. Beim Subordinationskonzern können die Tätigkeiten zur Bewältigung der Aufgaben der einheitlichen Leitung zunächst vom Verwaltungsapparat des herrschenden Unternehmens (der dann die Verwaltung des herrschenden Unternehmens und die Konzernleitung übernimmt) ausgeübt werden. ³⁾ Die Konzern-
-

- 1) Vgl. auch Götz-Rieger JuS 68/396, in einem gut geführten Konzern entwickle sich ein Konzernbewußtsein der Tochtergesellschaften, welches die Notwendigkeit des Eingreifens des herrschenden Unternehmens vermindere.
2) Sapper S. 82 f; Ballerstedt DB 56/815 sagt nur, daß bei der Organschaft die Untergesellschaft mit Eigenwillen tätig werde, der aber fremdbestimmt sei; Deringer-Herrmann BB 66/1157 ff spricht von dem derivaten Charakter der Entscheidungsbefugnis der Einzelunternehmen.
3) Arbeitskreis Krähe, Konzernorganisation S. 37; Hardach ZfbF 1961/717.

verwaltung kann auch organisatorisch von der Verwaltung des herrschenden Unternehmens getrennt werden, indem innerhalb des herrschenden Unternehmens ein besonderer Verwaltungskörper zur Verwaltung des Konzerns (Konzernhauptverwaltung) geschaffen wird. ¹⁾ Diese organisatorische Verselbständigung kann durch eine rechtliche Verselbständigung im Wege der Bildung einer geschäftsführenden Holdinggesellschaft ²⁾ unterstrichen werden. ³⁾ In manchen großen Konzernen werden zur geschickteren Leitung gleichartiger Tochtergesellschaften Gruppenverwaltungen eingerichtet, die organisatorisch entweder selbständig oder unselbständiger Teil der Konzernhauptverwaltung sind. ⁴⁾ Darüber hinaus ist eine Unterscheidung zwischen Stab und Linie vorzunehmen, die sowohl in der privaten als auch in der öffentlichen Verwaltung gilt. Stabsstellen leiten nicht durch Anordnungen nach unten, sondern unterstützen die Anordnungsberechtigten. ⁵⁾ Sie nehmen informierende, beratende oder überwachende Aufgaben wahr, während in der Linie Befehlende und Befehlsempfänger stehen.

Die sachliche Zuständigkeit (Prozeßstruktur) wird durch die einzelnen Verwaltungskörper des Konzerns oder der Konzernunternehmen wahrgenommen. Hier ist die Zuständigkeit zur Entscheidung und zur Ausführung zu unterscheiden. Je nach der Intensität der einheitlichen Leitung kann die Konzernspitze durch Aufstellen von allgemeinen Richtlinien nur Führungsaufgaben wahrnehmen, wie i.d.R. bei Vertikal- und Diagonalkonzernen, oder sie kann auch die Ausführung bestimmter Aufgaben an sich ziehen, wie etwa i.d.R. bei

- 1) Arbeitskreis Krähe aaO; Hardach aaO S. 718
- 2) Zum Unterschied von der bloßen Kapitalverwaltungs-gesellschaft.
- 3) Schlegelberger-Quassowski § 15 Rdn. 8; Arbeitskreis Krähe aaO S. 38; Liefmann, Beteiligungsgesellschaften S. 143; Bühler S. 253; Adler-Düring-Schmaltz, 2.A., § 128 Tz 60; Hardach aaO S. 721.
- 4) Arbeitskreis Krähe aaO S. 40 f; Hardach aaO S. 720.
- 5) Arbeitskreis Krähe, Konzernorganisation S. 45; ders., Unternehmensorganisation S. 29, 120 ff.

den Horizontalkonzernen. ¹⁾ Dort wird insbesondere der Einkauf, der Absatz, das Finanzwesen und die Werbung zentralisiert. ²⁾ Auch zentrale Stabsstellen werden errichtet. ³⁾ Gerade die für den Konzern wie für ein Unternehmen mit selbständig bilanzierenden Zweigniederlassungen notwendige Revisionstätigkeit kann auf eine besondere Stabsstelle übertragen werden. ⁴⁾ Stabsstellen, besonders die für das Revisionswesen zuständige, treten in großen Konzernen gelegentlich als Gesellschaft (GmbH) auf. ⁵⁾ Neben der sachlichen Zentralisierung oder Dezentralisierung von Entscheidungs- und Ausführungszuständigkeiten existiert ein örtlicher Zuständigkeitsbereich. Die sachliche Zuständigkeit von Konzernverwaltungsstellen kann sich auf den ganzen Konzern erstrecken oder nur einzelne Gebiete (regionale Gruppenverwaltung) umfassen. ⁶⁾ Konzernverwaltungsstellen können auch - örtlich dezentralisiert - bei abhängigen Unternehmen errichtet werden. ⁷⁾ Die Beziehungen zwischen den ihre jeweiligen Zuständigkeiten ausfüllenden Konzernunternehmen werden beim Subordinationskonzern durch Weisungen, Anregungen oder andersartige Veranlassung geübt. Waren bei dem Merkmal der Zusammenfassung rechtliche Qualitäten entscheidend, so wird bei der Betrachtung der einheitlichen Leitung der Konzern nicht von seiner rechtlichen Seite, sondern von seiner wirtschaftlichen Existenz her betrachtet. Er wird ein raum-zeitliches, von Dynamik erfülltes Gebilde. Einheitliche Leitung ist ein Prozeß. Er bezeichnet nicht Qualitäten, sondern Relationen. ⁸⁾

- 1) Hardach ZfbF 1961/724; Arbeitskreis Krähe, Konzernorg. S. 46 f. Die Konzernleitung gründet dann zentrale Ausführungsstellen.
- 2) Arbeitskreis Krähe aaO
- 3) ders., aaO S. 45
- 4) Arbeitskreis Krähe, aaO S. 123 ff; Hardach ZfbF 1961/719.
- 5) Arbeitskreis Krähe, aaO S. 124.
- 6) ders., aaO S. 40 f; Hardach, aaO S. 720.
- 7) Arbeitskreis Krähe, aaO S. 39.
- 8) Ritter § 15 Anm. 2: "der Konzern ist 'Beziehung'".

§ 7 Die Rechtsnatur des Konzerns.

Die den Konzern auszeichnende wirtschaftliche Einheit zeitigt auch Folgen für seine Rechtsnatur. Der Konzern ist eine Innengesellschaft bürgerlichen Rechts. Dies war zwar nicht immer einhellige Auffassung, hat sich aber sowohl in der schuldrechtlichen ¹⁾ und der Konzernrechtsliteratur ²⁾ als auch in der Rechtsprechung ³⁾ durchgesetzt. Die Konzernunternehmen bilden untereinander eine Interesseneinheit; Gesellschaftszweck ist die Verbesserung der Position aller Konzernunternehmen durch das Verfolgen des Gemeinschaftsinteresses ⁴⁾. Die Konzernunternehmen treten aber nach außen nicht als rechtliche Einheit auf.

Gegründet wird die GbR (der Konzern) bei faktischer Zusammenfassung spätestens dadurch, daß die abhängige AG auf die geäußerten Absichten des herrschenden Unternehmens reagiert und somit durch konkludentes Verhalten zu erkennen gibt, daß sie bereit ist, das Gemeinschaftsinteresse (Konzerninteresse) zu verfolgen. ⁵⁾ Beim Vertragskonzern wird die GbR durch den Abschluß des Beherrschungsvertrages gegründet. ⁶⁾

1) Pal.-Gramm, § 705 Anm. 9b, bb; Erman-Schulze-Wenck, Anm. 2a cc vor § 705; Enneccerus-Lehmann S. 726; Larenz S. 284 Note 1; Fikentscher S. 543; Esser S. 272 f; Ballerstedt JuS 63/262.

2) Grundlegend Harms S. 147 ff; für die IG wurde dies schon frühzeitig angenommen, vgl. Friedländer, Aktienrecht, S. 13; Rosendorff, S. 22 f; Friedländer, KonzernR, 1.A., S. 224; Brodmann, Aktienrecht, § 210 Anm. 2a.

3) BGH Wertpapier-Mitteilungen 1955/413 ff.

4) ähnlich Stellungnahme RefE S. 11.

5) Harms S. 148

6) vgl. unten die Untersuchung der Rechtsnatur des Beherrschungsvertrages.

§ 8 Positive und negative Effekte der Konzernbildung.

Die durch einen Konzentrationsvorgang bewirkten Gefahren und Vorteile für die beteiligten Unternehmen und die gesamte Wirtschaft ¹⁾ zeigen bei der Bildung von Subordinationskonzernen ein besonderes Gesicht.

Infolge der Konzernherrschaft durch das herrschende Unternehmen kann dieses sich die abhängige AG dienstbar machen und sie benachteiligen. Dadurch ist das Interesse der abhängigen AG sowie deren Aktionäre an der Erzielung eines möglichst günstigen Geschäftsergebnisses gefährdet; ebenso das Interesse der Gläubiger der abhängigen AG an der Erhaltung des Haftungskapitals derselben.

Vorteilhaft wirkt sich - im Gegensatz zur Fusion - die Aufrechterhaltung der rechtlichen Selbständigkeit der im Konzern zusammengefaßten Unternehmen aus, weil dadurch das Weiterbestehen der Firmennamen und ihrer eingespielten Absatzorganisationen bewirkt wird. ²⁾ Darüber hinaus gibt es Vorteile, die nicht nur durch die Konzernbildung im Wege der Konzentration, sondern auch im Wege der (rechtlichen) Dekonzentration herbeigeführt werden. Die Übernahme risikoreicher Vorhaben durch eine Tochtergesellschaft bewirkt eine Haftungsbeschränkung ³⁾; zudem braucht man bei hundertprozentiger Beteiligung an der Tochtergesellschaft auf Minderheitsaktionäre keine Rücksicht zu nehmen ⁴⁾. Die Muttergesellschaft erhält die Möglichkeit, mit verhältnismäßig wenig Kapital große Unternehmen zu beherrschen. ⁵⁾ Durch die rechtliche Selbständigkeit kann auch die Eigenverantwortung und Entscheidungsfreude der Geschäftsleitungen der einzelnen Konzernunternehmen gestärkt werden. ⁶⁾

1) s. oben S. 6 ff.

2) Raiser in Verhältnis Wirtschaftswissenschaft S. 54;
Pohmer in Verhältnis Wirtschaftswissenschaft S. 63;
Petzel S. 10.

3) Petzel aaO; Raiser aaO; Großfeld S. 110.

4) Raiser aaO

5) Liefmann, Beteiligungsgesellschaften S. 77, 96 ff;
Harms S. 18; Großfeld S. 11.

6) Arbeitskreis Krähe, Konzernorganisation S. 51;
Stellungnahme RefE S. 10; Söhnngen ZfbF 1961/522.

Schließlich ist das herrschende Konzernunternehmen in der Lage, die für die Verwaltung der Konzernleitung vorgesehenen Personen zur Bewährung an die Spitze kleinerer Tochtergesellschaften zu stellen.¹⁾ Auch die Ausgründung von Tochtergesellschaften bringt also Wirkungsvorteile für das ausgründende Unternehmen und die Unternehmensverbindung.

Darüber hinaus gelten für den durch Konzentration entstandenen Konzern die allgemeinen Überlegungen über die positiven Auswirkungen der Konzentration im einzelwirtschaftlichen Bereich.²⁾ Gerade der Konzern wird durch die steuerliche Behandlung der Organschaft privilegiert, da eine organschaftliche Bindung von Unternehmen regelmäßig eine konzernmäßige Abhängigkeit mit sich bringt. Auch Beteiligungen vom Umfang einer Schachtelbeteiligung - und darüber hinaus - werden vornehmlich an konzernverbundenen Unternehmen bestehen. Ein Indiz - wenn auch nicht begriffswesentliches Merkmal - einer Konzernverbindung ist besonders die Zusammenarbeit im Bereich der Produktion durch das Ausnutzen der bei den einzelnen Unternehmen vorhandenen Produktionskapazitäten. Auch die wirtschaftlichste Ausnutzung vorhandener Energie durch eine Verbundwirtschaft wird meistens durch eine Konzernverbindung sichergestellt.³⁾ Darüber hinaus wird die Sicherung des Ein- und/oder Verkaufs durch Angliederung von Lieferanten und Abnehmern Konzernverbindungen voraussetzen.⁴⁾

Somit ist also gerade der durch Unternehmenszusammenschluß entstandene Konzern diejenige der die rechtliche Vereinigung vermeidenden Konzentrationsformen, welche die größten Möglichkeiten zur Kostenminimierung bietet.⁵⁾

1) Söhnngen aaO

2) oben S. 6 ff

3) Krähe HDSW XI, S. 4

4) vgl. Deringer-Herrmann BB 66/1158

5) vgl. auch J.H. Müller in Konzentration (Neumark) S.128, der einen Kostenvorteil um so mehr für wahrscheinlich hält, "je stärker mit der Konzentration eine technisch-organisatorische Umgestaltung der beteiligten Betriebe und Unternehmen einhergeht". Dies wird im allgemeinen beim Konzern, nur selten beim Kartell der Fall sein. Die gerade durch die Konzernbildung entstehenden Kostenvorteile betont auch Gäfken in Kompendium II S. 191. Über die Vorteile des Konzernwesens für die Allgemeinheit vgl. auch Zöllner S. 86, ders. JuS 68/302.

Der Konzern gibt also Möglichkeiten zur Ertragssteigerung in besonderem Maße, andererseits aber auch zur Preissenkung. Diese Erwägungen gelten entsprechend auch für den durch rechtliche Dekonzentration entstandenen Konzern. Würde dieser die wirtschaftliche Einheit nicht aufrechterhalten können, so hätte das für die einzelnen Unternehmen Kostenerhöhungen zur Folge. Die Aufrechterhaltung der wirtschaftlichen Einheit führt demnach zur Beibehaltung der beschriebenen Leistungsfähigkeit.

Da der Konzern eine wirtschaftliche Volleinheit darstellt, also auch die marktgerichtete Tätigkeit der zusammengesetzten Unternehmen erfassen kann, vermag die Bildung von Konzernen zu den volkswirtschaftlich nicht wünschenswerten Erscheinungen der Beeinträchtigung des Wettbewerbes und der Marktbeherrschung zu führen.¹⁾

Demgegenüber können sich Konzernbildungen auch positiv auf die Gesamtwirtschaft auswirken. Regelmäßig wird eine Konzernbildung mehr als jede andere Konzentrationsform (außer der Fusion) gerade den Bereich der Produktion der konzernierten Unternehmen umfassen.²⁾ Deshalb wird gerade der durch rechtliche Konzentration und zum Zwecke der Kostenersparnis gebildete Konzern zu der oben³⁾ bezeichneten Einsparung von Kostengütern und der Erhöhung des Sozialproduktes führen.⁴⁾ Die Konzerne, die unter Umgehung des Kartellverbotes mit dem Ziele absatzpolitischer Zusammenarbeit gebildet werden, sowie die Konzerne, mit denen man durch Diversifikation einen Spielraum für Mischkalkulation zu erlangen sucht, bewirken insofern einen volkswirtschaftlich nützlichen Effekt, als sie zu einer gewissen Stabilisierung des Wirtschaftsab-

1) Bartholomeyczik in Gemeinschaftskomm., Rdn. 2 vor §§ 22 ff; Wessels HDSW A S. 564; Konzentration (ASU) S. 17 f; Stützel in Konzentration (Arndt) II S. 936, 944.

2) Vgl. auch oben S. 7

3) S. 8

4) S. 8 mit Note 5

laufes beitragen können, wenn vorübergehende oder dauernde (strukturelle) branchengebundene Rückschläge zu überbrücken sind. ¹⁾ Diese Konzerne können darüber hinaus durch die Verkleinerung des Vertriebes oder infolge von Spezialisierungen erhebliche Kosten einsparen, die wiederum das Sozialprodukt erhöhen können. ²⁾

Bewirkt die Konzernierung durch rechtliche Konzentration in aller Regel eine gesamtwirtschaftliche Leistungssteigerung, so würde es umgekehrt in aller Regel eine Leistungsverminderung bedeuten, wenn bei einer Konzernbildung durch rechtliche Dekonzentration auch die wirtschaftliche Vollseinheit des ehemals rechtseinheitlichen Unternehmens aufgehoben würde.

1) Konzentration (ASU) S. 16

2) Gäfen in Kompendium II S. 190 f

Zweites Kapitel: Lösungsversuche zur Bestimmung des
Unternehmensbegriffs im Recht des Unterordnungskonzerns.

Das Aktiengesetz definiert weder den Begriff des Konzernunternehmens im Unterordnungskonzern noch einen für beide Konzerntypen des § 18 AktG gemeinsamen Konzernunternehmensbegriff.

Deshalb ist zu untersuchen, ob sich Anhaltspunkte für die Definition des Begriffs "Unternehmen" im Recht des Unterordnungskonzerns oder der Unterbegriffe des herrschenden und abhängigen Konzernunternehmens aus den Erwägungen zu einem allgemeinen Unternehmensbegriff ergeben oder sich in dem Wortlaut der gesetzlichen Regelung des Unterordnungskonzerns finden. Führen diese Schritte nicht zu dem gewünschten Ziel, so sind Inhalt und Umfang des Konzernunternehmensbegriffs im Unterordnungskonzern aus dem Regelungszweck der den Unterordnungskonzern betreffenden Vorschriften zu entwickeln.

§ 9 Anhaltspunkte für die Definition aus den Erwägungen zur Bildung eines allgemeinen Unternehmensbegriffs.

1. Daß es keinen geschlossenen Rechtsbegriff des Unternehmens gibt, ist eine Einsicht Giesekes ¹⁾, die allgemein Anerkennung gefunden hat. ²⁾ Das Unternehmen als Tatbestand wird nach dem jeweiligen Zweck des Gesetzes nur von verschiedenen oder von einer Seite betrachtet. ³⁾ Dennoch fehlt es nicht an Versuchen, den Rechtsgegenstand Unternehmen begrifflich zu erfassen.

1) in Festschrift Heymann, Teil II, S. 117.

2) vgl. z.B. Heymann, Z.f. ausl. und intern. Privatr 1940/41, S. 270; KG WuW 60/446.

3) Gieseke aaO; KG aaO.

Bevor sich jedoch die Rechtswissenschaft nach allmählicher Abkehr vom ständischen Kaufmannsbegriff dem Unternehmensbegriff zuwandte ¹⁾, hatte sich das wirtschaftswissenschaftliche Schrifttum seiner angenommen. Schäffle definierte die Unternehmung als "sponaten Einsatz hauptsächlich von Kapitalvermögen zur wirksamsten Schaffung von Mitteln der Bedürfnisbefriedigung" ²⁾. Der (privatrechtliche) Unternehmer handle aus privatem Eigennutz und strebe nach materiellem Gewinn. ³⁾ Die Rechtswissenschaft, die den wirtwirtschaftswissenschaftlichen Begriff der Unternehmung ihren Zwecken dienstbar machen und der juristisch nicht verwertbaren Merkmale entkleiden mußte, hat das Merkmal der Gewinnabsicht zunächst nicht bejaht ⁴⁾. Entweder lehnte man es als typisierendes Merkmal des Unternehmens ab oder ließ die Frage offen, bis es schließlich doch durch die Rechtsprechung ⁵⁾ aufgenommen wurde. Die Anwendung handelsrechtlicher Vorschriften über die in § 1 HGB enumerierten Personen hinaus auf Unternehmen wurde - wie ein Blick auf den Gesetzeswortlaut der §§ 2, 3 HGB zeigt - durch die Art und den Umfang des Unternehmens und die hierdurch bedingte Betriebsweise gerechtfertigt.

Die rechtswissenschaftliche Literatur bemüht sich seit der Jahrhundertwende vergeblich um die Definition des Unternehmensbegriffs ⁶⁾. Ein Teil der Lehre stellt auf das organisatorische Gebilde ab, ein anderer betont die Unternehmertätigkeit. ⁷⁾

a) In den Untersuchungen Piscos ⁸⁾, Isays ⁹⁾ und Ohmeyers ¹⁰⁾

1) vgl. Nußbaum in Beiträge WirtschaftsR II, S. 492 ff.

2) Zfg Staatswiss. 25/262

3) aaO S. 265

4) vgl. Raisch S. 124 mit Noten 18 u. 20 und Passov S. 50, Note 2; Jessen ZHR 96/46 ff; Gierke ZHR 111/6.

5) RGZ 37/294 (297); BGHZ 36/273.

6) Nipperdey in Beiträge WirtschaftsR II, S. 445.

7) vgl. zu dieser Unterscheidung auch Gieseke in Beiträge HandelsR, S. 39.

8) Das Unternehmen als Gegenstand des Rechtsverkehrs, 1907;

9) Das Recht am Unternehmen, 1910.

10) Das Unternehmen als Rechtsobjekt, 1906.

über das Unternehmen als Rechtsobjekt und über das Recht am Unternehmen wird das Unternehmen als Inbegriff von Aktiven und Passiven eines Handelsbetriebes ¹⁾ oder als durch menschliche Tätigkeit zu einem wirtschaftlichen Zweck verbundene Summe von Gütern ²⁾, als Organisation von Produktionsmitteln ³⁾ oder als zweckmäßig organisierter Inbegriff von Personen und wirtschaftlichen Gütern ⁴⁾ verstanden. Die innere Organisation des Unternehmens stelle ein Immaterialgut dar. ⁵⁾

In den folgenden Überlegungen, die sich mit dem Unternehmen als Rechtsobjekt befassen, treten subjektive Momente neben die objektiven Unternehmensmerkmale, wenn auch die letzteren zumeist vorherrschen. Oppikofer ⁶⁾ betont die Unternehmerpersönlichkeit, Husserl ⁷⁾ deren organisierte wirtschaftliche Betätigung, Brecher ⁸⁾ deren Willen, der sich ein Betätigungsfeld suche in der Beschaffung und Verwendung materieller Güter.

- b) Demgegenüber stellt Wieland ⁹⁾ in Anlehnung an Schäffle allein auf subjektive Unternehmensmerkmale ab. Unternehmung sei der Einsatz wirtschaftlicher Kräfte (nämlich von Kapital und Arbeit) zur Erzielung einer ungemessenen Vermögensvermehrung. ¹⁰⁾ Von der subjektiv verstandenen Unternehmung unterscheidet Wieland das Unternehmen im objektiven Sinn, d.h. die eingesetzten persönlichen und sachlichen Güter selbst. ¹¹⁾ Das Wagnis des Einsatzes wirt-

1) vgl. die von Pisco auf S. 6 Anm. 4 angegebene Literatur;

2) vgl. die bei Pisco S. 9 ff behandelte Literatur; Ohmeyer S. 8.

3) Pisco S. 19; vgl. auch Pisco in Ehrenbergs Handbuch, Bd II, S. 200.

4) Isay S. 41

5) ders. aaO

6) S. 10 bei der Abgrenzung der freien Berufe von Unternehmen.

7) S. 28

8) S. 121 f

9) Handelsrecht, Erster Band, 1921.

10) S. 145 ff

11) S. 239 f

schaftlicher Kräfte sei begleitet von der persönlichen Tüchtigkeit des Unternehmers, von der kalkulierenden Berechnung der Gewinnchancen.¹⁾ Risiko und Erfolgsberechnung seien die Kennzeichen einer jeden Unternehmung.²⁾ Im Anschluß an Wielands Untersuchungen verstehen insbesondere Jessen³⁾ und Gieseke⁴⁾ das Unternehmen als Tätigkeitsinbegriff, beachten daneben aber ebenfalls die Gegenstandsseite des Unternehmens. J.v.Gierke betrachtet das Handelsunternehmen auch als einen Inbegriff von Tätigkeiten, die eine Wirtschaftseinheit bildeten. Er unterscheidet die (subjektive) Betriebstätigkeit, den durch diese geschaffenen (objektiven) Tätigkeitsbereich und den Betriebsverband zwischen Unternehmer und Arbeitnehmern.⁵⁾

2. Die Erwägungen zum allgemeinen Unternehmensbegriff zeigen, daß selbst dort, wo man das Unternehmen als Rechtsobjekt betrachtet, nicht die Sachen und Rechte allein entscheidend sein können, sondern ihre Zuordnung zueinander, die durch den Unternehmer vorgenommen wird, also ihre Aufbau-Strukturierung, ihr objektives Ausgerichtetsein, das die Verfolgung bestimmter, typisch unternehmerischer Zwecke ermöglicht und von dem auf die Absicht der Verfolgung solcher Zwecke geschlossen werden kann. Der objektive Unternehmensbegriff kommt als nicht aus ohne objektiv-personale Elemente.

Andererseits zeigt der die Unternehmertätigkeit betonende Unternehmensbegriff nicht nur subjektive Elemente. Zwar ist das unternehmerische, über das menschliche Existenzrisiko hinausgehende Wagnis des Unternehmers ein subjektives Moment. Durch dieses Wagen setzt sich der Unternehmer aber nicht nur der Gefahr aus, die Undurchführbarkeit seiner Idee und seines Planes festzustellen. Er wagt viel-

1) S. 152

2) S. 153

3) ZHR 96/46

4) in Festschrift Heymann, Teil II, S. 119, 124 ff, 136 ff.

5) aaO S. 7 ff, S. 12 ff.

mehr wirtschaftliche Kräfte und trägt die Gefahr ihres Verlustes. Hierin könnte man objektive Elemente im subjektiven Unternehmensbegriff entdecken.

So wie es jedoch beim objektiven Unternehmensbegriff keine subjektiven, sondern objektiv-personale Elemente gibt, sind auch im subjektiven Unternehmensbegriff keine objektiven, sondern subjektiv-sachbezogene Elemente vorhanden. So wie beim objektiven Unternehmensbegriff die Zuordnung der Sachen und Rechte entscheidend ist, ist dem subjektiven Unternehmensbegriff die Tätigkeit, das Objekte voraussetzende Handeln wesentlich. Mit anderen Worten und unscharf-schlagwortartig gesagt: Das Unternehmen ist nicht ohne Unternehmer und der Unternehmer nicht ohne Unternehmen denkbar. ¹⁾

Für den Unternehmensbegriff im Recht des Unterordnungskonzerns könnten die Erwägungen zum allgemeinen Unternehmensbegriff deshalb fruchtbar sein, weil sie verschiedene Betrachtungsweisen aufzeigen, von denen festgestellt wurde, daß sie sich gegenseitig berühren. Sie gehen von demselben lebendigen Gebilde aus, von dem sie unterschiedliche Merkmale für allein wesentlich halten. Ob der gesuchte Unternehmensbegriff allein subjektive oder objektive oder sowohl subjektive als auch objektive Merkmale enthält, ist nur aus dem jeweiligen gesetzlichen Zusammenhang zu ersehen.

Die Versuche zur Fassung eines allgemeinen Unternehmensbegriffs sind darüber hinaus insofern wichtig, als sie alle eine Abgrenzung zur Haushaltung erkennen lassen. Man darf also zunächst annehmen, daß jeder Unternehmensbegriff sich vom Begriff des Haushaltes absetzt, indem er die besonders risikoreiche Tätigkeit bei der Teilnahme am Wirtschaftsleben (subjektiv) und/oder die zur Teilnahme am Wirtschaftsleben regelmäßig vorhandene äußere Veranstaltung (objektiv), ganz oder teilweise erfassen will.

1) Raisch S. 120; ähnlich Gieseke in Beiträge HandelsR S. 39.

Weitergehende Hinweise für eine spätere Definition des Konzernunternehmensbegriffs im Unterordnungskonzern sind den Erwägungen zum allgemeinen Unternehmensbegriff jedoch nicht zu entnehmen.

§ 10 Anhaltspunkte für die Definition des Unternehmensbegriffs im Unterordnungskonzern aus dem Wortlaut der gesetzlichen Regelung des Rechts des Unterordnungskonzerns.

Im Aktiengesetz wird der Begriff des Konzernunternehmens (im Unterordnungskonzern) - von §§ 15 u. 18 AktG abgesehen - nicht gebraucht. Das Gesetz verwendet entweder den Oberbegriff "verbundene Unternehmen" oder die Unterbegriffe der herrschenden und abhängigen (Konzern-) Unternehmen.

1. Wie bereits erwähnt ¹⁾, ist nur dann ein (Unterordnungs-) Konzern im Sinne des Aktiengesetzes gegeben, wenn ein Konzernmitglied eine AG ist - gleichgültig, welche Stellung sie im Konzern einnimmt.
2. Das Unternehmen im (Unterordnungs-) Konzern muß in der Lage sein, Rechte zu begründen und Verbindlichkeiten einzugehen. Dies ergibt sich daraus, daß diese Voraussetzung an den Begriff des verbundenen Unternehmens geknüpft wird ²⁾ und nach logischen Regeln die Merkmale des Oberbegriffs in allen nachgeordneten Begriffen enthalten sind ³⁾. Damit steht fest, daß die Unternehmen im

1) Vgl. oben S. 18

2) Vgl. z.B. § 151 Abs. I Aktivseite III B Nr. 10, Abs. III u. V und § 151 Abs. I Passivseite VI Nr. 5, Abs. III.

3) Vgl. Freytag-Löringhoff S. 51.

Unterordnungskonzern nicht die verschiedenen wirtschaftseinheiten, die Planungseinheiten, also die Unternehmungen sind, sondern die Träger von Rechten und Pflichten, die Unternehmensträger, die Unternehmer.

Davon mußte bereits oben bei der Erläuterung der rechtlichen Selbständigkeit der Konzernmitglieder ¹⁾ ausgegangen werden.

- 3.a) Die Frage, wer herrschendes Konzernunternehmen im Vertragskonzern ist, erfordert einen Blick auf die Beherrschungsvertragsvorschriften und die Regelung der Eingliederung.

Die §§ 319 ff lassen erkennen, daß es sich bei dem herrschenden Unternehmen eines durch Eingliederung gebildeten Konzerns um eine AG mit Sitz im Inland handeln muß (319 I 1). Sie wird als Hauptgesellschaft bezeichnet. In den folgenden Vorschriften, die sich mit dem herrschenden Konzernunternehmen eines solchen Konzerns befassen, kehrt der Begriff "Hauptgesellschaft" wieder ²⁾. Es existieren also keine ausdrücklichen Einschränkungen oder Erweiterungen des in § 319 I 1 aufgestellten Grundsatzes.

Demgegenüber enthalten die den Beherrschungsvertrag betreffenden Vorschriften keine Bestimmung des "herrschenden Konzernunternehmens" eines Beherrschungsvertragskonzerns. Zwar ergibt sich aus den §§ 293 II und 305, daß eine AG herrschendes Konzernunternehmen sein kann. Im übrigen beschränkt sich das Gesetz jedoch auf die Verwendung der Begriffe "herrschendes Unternehmen" ³⁾, "anderes Unternehmen" ⁴⁾ und "anderer Vertragsteil" ⁵⁾.

- b) Bei der Frage, wer herrschendes Konzernunternehmen eines faktischen Konzerns sein kann, ist zunächst zu untersuchen,

1) oben S. 19 f.

2) §§ 320, 322-327

3) §§ 308, 309

4) § 291 I 1

5) §§ 293 II, 302 I, 303 I 1, 304 II 2, 305 I u. II.

ob die Vorschriften der §§ 311 ff auf faktische Konzernverhältnisse anwendbar sind, also überhaupt Konzernrecht darstellen.

Ausdrücklich spricht der Zweite Teil des Dritten Buches nur von Abhängigkeitsverhältnissen. Während bei Bestehen eines Beherrschungsvertrages unwiderleglich ein Konzern vermutet wird (§ 18 I 2), ist die Vermutung eines Konzerns aufgrund eines faktischen Abhängigkeitsverhältnisses widerleglich (§ 18 I 3). Stellen somit die §§ 308-310 wegen der Unwiderlegbarkeit der Vermutung auch Konzernrecht dar, so könnte dies bezgl. der §§ 311-318 zweifelhaft sein. Diese Vorschriften gelten zwar immer für "nur" herrschende und abhängige Unternehmen, also solche durch ein Abhängigkeitsverhältnis verbundene Unternehmen, welche die Konzernvermutung des § 18 I 3 bereits widerlegt haben. Ob sie jedoch auch auf konzernrechtliche Abhängigkeitsverhältnisse anwendbar sind, ist umstritten. Fast einhellig ist das konzernrechtliche Schrifttum der Auffassung, daß die §§ 311 ff auch für den faktischen Abhängigkeitskonzern gelten.¹⁾ Gegen diese Auffassung richtet sich Mestmäckers Kritik.²⁾ Während der weitaus größte Teil der Literatur von der grundsätzlichen Zulässigkeit der Konzernbildung und damit der Ausübung einer einheitlichen Leitung ausgeht und die Schranken dieser Leitung in den gesetzlichen Bestimmungen der §§ 308 ff und 311 ff sieht³⁾, lehnt Mestmäcker den Grundsatz der Zulässigkeit der Ausübung einer einheitlichen Leitung bei Vorliegen eines faktischen Abhängigkeitsverhältnisses ab⁴⁾. Bei Beherrschungsvertrag und Eingliederung übernehme das h.U das Unternehmensrisiko der abh. Gesellschaft⁵⁾, dementsprechend sei auch die Verantwortlichkeit der §§ 309 f und 323 ausgebildet⁶⁾. Wolle man entscheiden, welchen Umfang die

1) Würdinger S. 275, 309; J. Gessler § 311 Anm 1; Baumbach-Eueck § 311 Rdn 1; Obermüller-Werner-Winden S. 199; Lutze AG 87/256 ff.

2) in Festgabe Kronstein S. 139 ff.

3) So ausdrücklich J. Gessler aaO; stillschweigend gehen davon aus: Obermüller-Werner-Winden S. 199 ff.

4) aaC S. 147

5) aaC S. 140

6) aaC S. 133 ff

Einflußnahme eines h. Us ohne Beh.V annehmen dürfe, so sei auch hier von der gesetzlichen Regelung der Verantwortlichkeit der §§ 311 ff auszugehen. ¹⁾ Der Wortlaut der §§ 311, 317 verweise jedoch auf die Verpflichtung des h. Us, die abh. AG, deren Unternehmen und deren Vorstand dem h.U. rechtlich nicht zu- bzw. untergeordnet sei, so zu leiten, als ob sie unabhängig wäre. ²⁾ Das unternehmerische Eigeninteresse des abh. Us gelte also als Maßstab für die Ausübung des Einflusses des h. Us. ³⁾ Dies könne dazu führen, daß eine einheitliche Leitung ausgeschlossen werde. ⁴⁾

Der Auffassung Mestmäckers ist insofern (aber auch nur insoweit) zuzustimmen, als bei der Betrachtung eines Abhängigkeitsverhältnisses nicht erst der Umfang einer einheitlichen Leitung, sondern bereits ihre Zulässigkeit nach den §§ 311 ff zu beurteilen ist. Zutreffend ist, daß die außenstehenden Aktionäre eines beherrschungsvertraglich verpflichteten abh. Us aufgrund der im Beh.V vom h. U. übernommenen Dividendengarantie am Unternehmensrisiko der abh. AG nicht mehr teilnehmen. Dagegen geht § 311 von einem Ausgleich des h.Us an die abh. AG aus, deren Aktionäre auf die Dividende ihrer AG und damit auf eine günstige Vermögenslage derselben angewiesen sind. Dies bedeutet jedoch kein Verbot einer einheitlichen Leitung, denn § 311 gestattet eine Veranlassung zu einem Rechtsgeschäft oder einer Maßnahme mit Nachteilswirkung nur unter der Voraussetzung einer späteren Vorteilsgewährung. Die Ausgleichspflicht des § 311 II führt nicht notwendigerweise dazu, daß eine einheitliche Leitung faktisch verbundener Unternehmen sinnlos ist und vom Gesetz deshalb mißbilligt würde. Will das h. U eine Verpflichtung zur Vorteilsgewährung vermeiden, so muß es sich bei Aus-

1) aaO S. 130, 142.

2) aaO S. 133, 146.

3) aaO S. 133; ebenso DJF-Konzernrecht Tz 239 (Mehrheitsauffassung).

4) aaO S. 147

übung einer einheitlichen Leitung mehr nach dem Interesse der abh. AG richten. Dadurch würde nicht die Einheitlichkeit von Entscheidungsinhalt und Entscheidungswirkung ¹⁾ beeinträchtigt. Die Konzernspitze wäre nur nicht mehr in der Lage, den Entscheidungsinhalt ausschließlich oder weitgehend nach dem Interesse des h. Us oder der anderen konzernverbundenen Unternehmen zu bestimmen. Die Festlegung des Konzerninteresses, nicht dessen einheitliche Verfolgung - der gemeinschaftliche Wille - würde eine Änderung erfahren. ²⁾ Eine einheitliche Leitung kann also durch die Ausgleichsverpflichtung des h. Us erschwert werden, ist aber nicht unmöglich. ³⁾

Auch das betriebswirtschaftliche Schrifttum erhebt Bedenken gegen die Ausgleichsregelung der §§ 311 ff. Es sei nicht möglich, das Ausmaß eines Nachteils aufgrund einer Veranlassung seitens des h. Us im Einzelfall festzustellen. ⁴⁾ Die an ihrer Stelle empfohlene ⁵⁾ Gesamtbetrachtung aller Vor- und Nachteile begegnet jedoch ähnlichen Schwierigkeiten. ⁶⁾ Darüber hinaus spricht die Tatsache, daß der Wert eines Beitrages eines Konzernunternehmens zum Gesamtertrag eines Konzerns über die einzelnen, in den §§ 311 ff allein zu berücksichtigenden Rechtsgeschäfte und Maßnahmen hinausgehen mag, deshalb nicht gegen die Zulässigkeit einer einheitlichen Leitung, weil diese über die einzelnen Rechtsgeschäfte und Maßnahmen hinausgehenden Vor- und Nachteile der Konzernbildung überhaupt nicht isolierbar sind. Die §§ 311 ff haben sie deshalb bewußt unberücksichtigt gelassen "und ohne Bewertung und Prüfung kompensiert". ⁷⁾

1) Vgl. oben S. 27 ff

2) ebenso DJT-Konzernrecht, Tz 244 (Mehrheitsvotum).

3) ebenso Geßler DB 65/1730; Kropff BB 65/1288; Kellmann BB 69/1518; Fritz Schäffer BB 58/1258. Andere Auff.: DJT-Konzernrecht Tz 241 (Minderheitsvotum); Stellungnahme RegE S. 41.

4) Albach NB 66/204 f.

5) ders., aaO S. 205; Walther AG 61/89.

6) Festmäcker in Festgabe Kronstein S. 145; Geßler NB 66/207.

7) Geßler in Festgabe Kunze S. 173

Auch die haftungsrechtlichen Vorschriften der §§ 311 ff können kein Verbot einer einheitlichen Leitung bewirken. § 317 II soll den Geschäftsführern des h. Us. - entgegen der Auffassung eines Teiles der Literatur ¹⁾ - nicht die Pflicht auferlegen, die abh. AG wie eine unabhängige AG zu leiten. Sie soll nur verhindern, daß die Geschäftsführer des h.Us nach § 317 I auch für solche Nachteile haften, die durch als nicht nachteilig geplante, aber nachher doch nachteilig wirkende, also "fehlgeschlagene Geschäfte" entstanden sind. Die Geschäftsführer des h. Us sollen nur nicht schlechter gestellt werden als die Geschäftsführer einer unabhängigen AG, da diese für ein solches fehlgeschlagenes geschäftliches Handeln ebenfalls nicht haften.²⁾ Rechtssystematisch enthält der § 317 II also keine Verpflichtung zu einer bestimmten Sorgfalt, wie dies im beherrschungsvertraglichen Zusammenhang durch § 309 I bestimmt wird. § 317 II fixiert nur - ähnlich der Konstruktion der überholenden Kausalität - einen Fall der überholenden oder besser: hypothetischen Unabhängigkeit der faktisch beherrschten AG. ³⁾ Da aus § 317 II eine Verpflichtung zur Leitung der AG als einer unabhängigen nicht zu entnehmen ist, kann der Auffassung vom Verbot der Ausübung einer einheitlichen Leitung nicht gefolgt werden. Auch aus § 318 ergibt sich kein solches Verbot ⁴⁾, unabhängig davon, ob man der Meinung, § 318 schließe die Anwendung der §§ 93, 116 völlig aus, beipflichtet oder nicht.

Damit steht also fest, daß auch die §§ 311 ff Konzernrecht darstellen.

Ähnlich wie die den Vertragskonzern aufgrund eines Beherrschungsvertrages betreffenden Vorschriften enthalten

1) vgl. Godin-Wilhelmi § 317 Anm. 4; Baumbach-Hueck § 317 Rdn. 6.

2) Geßler in Festgabe Kunze S. 168 f.

3) ähnlich J. Gessler, § 117 Anm. 4

4) Geßler in Festgabe Kunze S. 170 f.

auch die §§ 311 ff keine auch nur teilweise Definition des Begriffs "herrschendes Konzernunternehmen".

4. Den Begriff "abhängiges Konzernunternehmen" im Vertragskonzern und faktischen Konzern erklärt das AktG ebenfalls nicht. Dem Gesetz ist nur zu entnehmen, daß das abh. U im Vertragskonzern bei der Eingliederung in der Rechtsform einer AG geführt werden muß, nicht aber eine KGaA sein darf ¹⁾, bei Bestehen eines Beherrschungsvertrages eine AG oder KGaA sein muß ²⁾. Auch bei faktischer Abhängigkeit gilt der Schutz der §§ 311 ff nur der AG oder KGaA.
5. Dieser kurze Überblick könnte zu der Auffassung verleiten, daß es keiner Definition des abhängigen Konzernunternehmens bedürfe ³⁾, weil nur eine AG oder KGaA abhängiges Konzernunternehmen sein könne. Dies ist jedoch unzutreffend, denn die faktische (Konzern-) Abhängigkeit setzt die Rechtsform der AG oder KGaA nicht begriffsnotwendig voraus.
- Die Beantwortung der Frage, wer - außer der AG und KGaA - faktisch abhängiges Konzernunternehmen sein kann, ist zwar nicht bedeutsam zum Schutze möglicher anderer Personen und Personengruppen, wohl aber zum Zwecke der Entscheidung darüber, ob ein herrschendes Konzernunternehmen einer von ihr abhängigen AG oder KGaA nachteilige Weisungen erteilen darf, welche Vorteile für eine andere abhängige Person oder Personengruppe mit sich bringen. Die Vorschrift des § 308 I 2 AktG erlaubt nämlich die Erteilung nachteiliger Weisungen gegenüber der beherrschungsvertraglich abhängigen AG (oder KGaA) nur unter der Voraussetzung, daß sie den Belangen eines anderen Konzernunternehmens dienen. Dies kann im Unterordnungskonzern

1) § 319

2) § 291 I 1

3) so Luchterhandt ZHR 132/153.

- auf den sich diese Untersuchung beschränkt - außer den (unmittelbar oder mittelbar) herrschenden Konzernunternehmen nur ein anderes abhängiges Konzernunternehmen sein. Die in § 308 I 2 AktG angesprochene Beschränkung für das herrschende Konzernunternehmen gilt sinngemäß auch, wenn die faktisch abhängige Konzern-AG zu einem für sie nachteiligen Verhalten iS des § 311 I AktG veranlaßt wird. ¹⁾ Eine Definition des "abhängigen Konzernunternehmens" im Sinne dieser Kollisionsnormen ist also notwendig zur Beurteilung der Frage, ob eine faktisch abhängige Person oder Personengruppe, deren Interesse das herrschende Konzernunternehmen durch die nachteilige Weisung oder Veranlassung verfolgte, überhaupt Unternehmenscharakter besitzt und damit Konzernmitglied ist. Nur in diesem Falle ist in einem Konzern nämlich die Verursachung von Nachteilen bei der abhängigen AG zulässig. Diese Auffassung korrespondiert mit der Beurteilung des Konzerns, auch des Unterordnungskonzerns, als einer Inengesellschaft bürgerlichen Rechts, in der die Konzernleitung das Konzerninteresse zu verfolgen hat. ²⁾ Weiterhin ist zu fragen, ob jede abhängige AG oder KGaA abhängiges Konzernunternehmen ist. Da die Vorschriften des Dritten Buches i.V.m. § 18 I AktG die AG und KGaA als abhängige Konzernunternehmen ausweisen, könnte man die Auffassung vertreten, eine von einem Unternehmen beherrschte AG oder KGaA sei immer, ohne daß sie zusätzliche Voraussetzungen erfüllen müßte, ein abhängiges Konzernmitglied. Es müsse also nur nach Kriterien gesucht werden, nach denen (faktisch) abhängige Personen oder Personengruppen anderer Rechtsform (außer AG oder KGaA) als abhängige Konzernunternehmen qualifiziert werden könnten. Diese Beschränkung der Untersuchung wäre aber nur möglich, wenn tatsächlich jede AG oder KGaA die

1) Kropff DB 67/2152; Kellmann BB 69/1518; Beuthien DB 69/1784.

2) Vgl. oben S. 32 f

Qualität eines abhängigen Konzernunternehmens besäße ¹⁾. Es ist jedoch möglich, daß auch AG und KGaA bestimmte Eigenschaften aufweisen müssen, um abhängig im aktienrechtlich-technischen Sinn zu sein, um also abhängige Konzernunternehmen sein zu können. Somit ist der Begriff des abhängigen Konzernunternehmens für Unternehmen aller Rechtsformen und bzgl. aller Abhängigkeitsformen festzustellen.

Ebenso wie beim Begriff des abhängigen Konzernunternehmens kann auch beim Begriff des herrschenden Unternehmens eines Eingliederungskonzerns gefragt werden, ob jede AG mit Sitz im Inland Hauptgesellschaft sein kann oder ob diese AG weil sie als herrschendes Konzernunternehmen angesehen wird (§ 18 I 2 AktG), zusätzliche Eigenschaften aufweisen muß.

§ 11 Erläuterung der im Unterordnungskonzern kollidierenden, konzernrechtlich relevanten Interessen.

1. Bei der weiteren Suche nach den Begriffen des herrschenden und des abhängigen Konzernunternehmens zeigt sich nun die Notwendigkeit, den Regelungszweck, das metajuristische wirtschaftliche Ziel der Vorschriften des Dritten Buches zu ermitteln, um in Übereinstimmung mit diesem Ordnungsziel die Frage zu entscheiden, ob bestimmte Personen o. Personengruppen herrschende oder abhängige Konzernunternehmen darstellen.
Einhellig wird in der Literatur ²⁾ der Zweck der den Un-

1) So Luchterhandt ZHR 132/153.

2) Ballerstedt in Konzentration (Arndt) II S. 898 f; Geßler BB 65/681 f; Baumbach-Hueck Rdn. 1 vor § 291, § 300 Rdn. 1, § 311 Rdn. 1.

terordnungskonzern betreffenden Vorschriften in dem Schutz der abh. AG, ihrer Gläubiger und ihrer außenstehenden Aktionäre gesehen. ¹⁾ Auch die amtliche Begründung zum RegE ²⁾ betont diesen Schutzgedanken. Das herrschende Konzernunternehmen wird als die Gefahrenquelle betrachtet, gegen die sich die Schutzvorschriften des Aktiengesetzes richten. ³⁾ Geschützt werden sollen die mit dem von dem herrschenden Konzernunternehmen verfolgten wirtschaftlichen Interesse kollidierenden wirtschaftlichen Interessen dieser Personen, d. h. deren rational begründbare wirtschaftliche Begehren. ⁴⁾ Das Konzernrecht des Aktiengesetzes hat demnach Interessenkollisionen zu entscheiden. Bei einer Interessenkollision stehen sich die Interessen mehrerer Rechtsgenossen gegenüber, wobei dem einen oder dem anderen Interesse ganz oder zum Teil entsprochen werden kann. Die Wahrung des einen Interesses schließt die Wahrung des anderen Interesses ganz oder teilweise aus. Ein Kollisionstatbestand liegt nicht vor, wenn die gleichen oder verschiedenen Interessen mehrerer Rechtsgenossen nebeneinander wahrgenommen werden können, oder wenn zwar nur eines von zweien (oder mehreren) Interessen wahrgenommen werden kann, dieser Interessengegensatz aber nur bei einem Rechtsgenossen auftritt.

Die den Unterordnungskonzern regelnden Vorschriften sind deshalb Interessenentscheidungsnormen. Sie schützen diejenigen der kollidierenden Interessen, welche der Gesetzgeber für die wichtigeren hielt. Diese Interessen sind gegenüber den ungeschützten Interessen als die fundamentaleren anerkannt worden. Sie sind also die fundierenden Interessen. ⁵⁾

1) vgl. S. 34

2) Drittes Buch, Vorbemerkung (Kropff S. 373 f.).

3) Baumbach-Hueck Rdn. 1 vor § 291; DJT-Konzernrecht, Tz 135 ff., 165, 567.

4) Über den Interessenbegriff vgl. Kriele S. 62 f.

5) Kriele S. 70 ff. Ungenau Westmäcker in Konzentration (Arndt) II, S. 991, das Gesellschaftsrecht gleiche die Interessen der Rechtssubjekte untereinander aus.

2. a) Das Interesse der abhängigen AG an der Erhaltung und Vermehrung ihres Vermögens wird geschützt durch das Erfordernis des Einverständnisses mit der Erteilung nachteiliger Weisungen ¹⁾, durch ihre Pflicht zur Bildung einer angemessenen Rücklage ²⁾, durch die Verpflichtung des herrschenden Unternehmens im Vertragskonzern zur Verlustübernahme ³⁾ und durch den vom faktisch herrschenden (Konzern-) Unternehmen vorzunehmenden Ausgleich nachteiliger Veranlassungen ⁴⁾. Darüber hinaus bewahren Schadensersatzansprüche die abhängige AG vor unsorgfältigem Verhalten ihrer Verwaltungsglieder und der gesetzlichen Vertreter des h.U. ⁵⁾ sowie vor der Unterlassung des Nachteilsausgleichs ⁶⁾ durch das herrschende (Konzern-) Unternehmen.

Der Umfang des Schutzes der abhängigen AG im faktischen Konzern zeigt sich besonders deutlich durch einen Vergleich der §§ 311 ff mit § 117 AktG.

Für die Verwirklichung des § 117 genügt jeder Einfluß auf die AG, wozu jedoch nicht die von jedermann im Wettbewerb ausnutzbare Wirtschaftslage der AG zählt. Es kann nicht gegen § 117 verstoßen, wenn ein wettbewerblicher Einfluß zu einem Schaden der AG führt. Jede andere Beeinflussung fällt aber unter § 117.

§ 117 erfordert Vorsatz, auch bezüglich des Schadenseintritts. Eine Ersatzpflicht entsteht allerdings nicht aufgrund einer Schädigung der AG oder der übrigen Aktionäre durch einen HV-Beschluß (§ 117 VII Nr. 1). Der Beschluß der HV kann nur, falls er nicht schon nichtig ist (§ 241 Nr. 3, 4), angefochten werden (§ 243 II). Neben dem Schädiger haften die Mitglieder des Vorstandes und Auf-

1) §§ 291 I, 293, 308 I 2, 319 I 1, 320 I 1, 323 I 1.

2) 300 Nr. 3

3) § 302 I, § 324 III.

4) § 311

5) §§ 309 I - III, 310 I - III, 323 I 2.

6) §§ 317 I - III, 318 I - III.

sichtsrates bei Pflichtverletzungen (§ 117 II) sowie derjenige, welcher die Beeinflussung vorsätzlich veranlaßt und durch die schädigende Handlung einen Vorteil erlangt hat (§ 117 III). Ein Verzicht auf die Ersatzansprüche ist nur mit Zustimmung der HV möglich und kann durch eine zehnprozentige Minderheit verhindert werden (§ 117 IV / § 93 IV 3). Dadurch sind die Mängel des Lehrheitsprinzips abgemildert. ¹⁾

Der Schutz vor einer Schädigung der AG durch das h.U ist stärker ausgebildet. Nach der Vorschrift des § 317 I 1 führt eine durch das h.U verursachte Schädigung unabhängig davon zu einer Ersatzpflicht, ob sie durch Veranlassung eines nachteiligen Verhaltens einer geschäftsführenden bzw. einer die Geschäftsführung überwachenden Person oder durch Stimmrechtsausübung in der HV herbeigeführt wird. Ein auf den Schadenseintritt gerichteter Vorsatz ist nicht erforderlich; er läßt sich aus der Vorschrift nicht entnehmen. ²⁾ Neben dem h.U haften als Gesamtschuldner die gesetzlichen Vertreter des h.U, die den Schaden der AG veranlaßt haben (§ 317 III). Das h.U und seine gesetzlichen Vertreter haften jedoch nicht, wenn sie bezüglich der schädigenden Veranlassung die Sorgfalt eines gewissenhaften Geschäftsleiters einer unabhängigen AG angewandt haben (§ 317 II). ³⁾ Auch die Aktionäre haben bei unmittelbarer Schädigung einen Ersatzanspruch gegen das h.U und dessen gesetzliche Vertreter (§ 317 I 2). Da auch eine Beeinflussung durch Stimmrechtsausübung zu einem Schadensersatzanspruch führen kann, können das h.U und seine gesetzlichen Vertreter sich nicht zur Begründung der Rechtmäßigkeit ihrer Veranlassung auf diesen

1) Vgl. ebenso §§ 50, 53, 116 sowie § 147 I 1 AktG.

2) Godin-wilhelmi § 311 Anm. 3; J. Gessler § 311 Anm. 4; Baumbach-Hueck § 311 Rdn. 8, § 317 Rdn. 6; Geßler DB 65/1730; Adler-Düring-Schmaltz, 4.A., § 311 Tz 35; Ralsch ZHR 132/188 f; Kellmann BB 69/1515; Mutze AG 67/257; Luchterhandt, ZHR 133/S. 17 ff. A.A. „Ürdinger S. 310; Werner AG 67/125; Leo AG 65/358.

3) § 317 II ist auch anwendbar auf § 317 III, vgl. Baumbach-Hueck, § 317 Rdn. 6; J. Gessler § 317 Anm. 4.

HV-Beschluß berufen, wie das bei § 117 II 3 möglich ist. Wie bei § 117 kann eine zehnprozentige Minderheit einen Verzicht oder Vergleich verhindern. Außerdem dürfen nur die außenstehenden Aktionäre dem Verzicht oder Vergleich zustimmen (§ 317 IV/§ 309 III). Darüber hinaus kann der Ersatzanspruch der AG auch von jedem Aktionär geltend gemacht werden (§ 317 IV/§ 309 IV 1 und 2).

- b) Dem Interesse der Gläubiger der abhängigen AG, bzgl. ihrer gegen die AG gerichteten Forderungen befriedigt zu werden, wird zunächst entsprochen durch den Schutz der abhängigen AG selbst. ¹⁾ Werden der abh. AG von herrschenden Konzernunternehmen unzulässige Nachteile zugefügt, so können die Gläubiger falls sie infolgedessen von der AG keine Befriedigung erlangen, die bezeichneten Ersatzansprüche der AG ²⁾ im eigenen Namen geltend machen. ³⁾ Außerdem ist das Interesse der Gläubiger dadurch geschützt, daß sie bei Beendigung eines Beherrschungsvertrages sowie nach erfolgter Eingliederung von dem beherrschenden Konzernunternehmen Sicherheitsleistung für die vor der Eintragung und Bekanntmachung der Vertragsbeendigung bzw. der Eingliederung begründeten und erst in Zukunft fällig werdenden Forderungen verlangen können. ⁴⁾ Es kann nämlich trotz des Schutzes der AG nach §§ 300 Nr. 3, 302 I vorkommen, daß diese nach Beendigung des Beherrschungsvertrages deswegen nicht mehr lebensfähig ist, weil es nunmehr größerer, nicht zu verkraftender Investitionen bedarf, um wirtschaftlich selbständig konkurrenzfähig zu sein. Diese Situation kann zur Verschuldung der AG führen. Auch während des Bestehens des Beherrschungsvertrages und der Eingliederung kann infolge nachteiliger Weisungen die Bildung eines Gewinnes und das Einstellen von Beträ-
-

1) vgl. S. 53

2) vgl. S. 53 Noten 5 und 6.

3) §§ 309 IV 3-5, 310 IV, 317 IV, 318 IV, 323 I 2.

4) §§ 303, 321; vgl. als Beispiel den Fall BASF/Wintershall bei Flume DB 1969/1047 ff.

gen in freie Rücklagen unmöglich werden. Hat sich auch die AG damit einverstanden erklärt, so entspricht dies dennoch nicht dem Interesse ihrer Gläubiger. Das Recht, gemäß §§ 303, 321 von dem anderen Vertragsteil bzw. der Hauptgesellschaft Sicherheit zu verlangen, befriedigt ihr Sicherheitsinteresse.

Darüber hinaus haftet den Gläubigern der eingegliederten AG, da diese selbst einen geringeren Schutz erfährt ¹⁾, die Hauptgesellschaft als Gesamtschuldnerin. ²⁾

- c) Der mittelbare Schutz der außenstehenden Aktionäre durch den Schutz des Vermögens der AG stellt sich nicht - wie bei den Gläubigern - dar als Schutz einer zukünftigen Haftungsgrundlage, da Ansprüche der Aktionäre erst durch einen Gewinnverwendungsbeschluß der HV entstehen. Das Vermögen der AG soll nach den Vorstellungen der Aktionäre regelmäßig dazu dienen, einen möglichst hohen Ertrag der AG zu erreichen, damit die Aktionäre durch den Gewinnverwendungsbeschluß sich einen möglichst umfänglichen Anspruch auf Gewinnausschüttung gegen die AG zusprechen können. ³⁾ Demgemäß ist die Erhaltung des Vermögens der AG ein Schritt zur Befriedigung der Interessen der außenstehenden Aktionäre.

Auch die Ansprüche auf Ausgleich und Abfindung nach den §§ 304 f stellen eine Interessenbefriedigung dar ⁴⁾, zumal der Ausgleichsanspruch nach der bisherigen Ertragslage und den zukünftigen Ertragsaussichten der AG zu bemessen ist (§ 304 II). Bei der Abfindung ist die Vermögens- und Ertragslage der AG bei der Barabfindung (§ 305 III 2) bzw. der wirkliche Wert der Aktien (einschließlich der Berücksichtigung des inneren Geschäftswertes der AG ⁵⁾)

1) § 324

2) § 322

3) Obermüller-Werner-Winden S. 187 sprechen bei Betrachtung der §§ 304 ff von "Aushungerung" der außenstehenden Aktionäre"; ebenso Schmidt bei Gadow-Heinichen, § 101 Anm. 9.

4) Über die Problematik dieser Regelungen vgl. Albach AG 66/180 ff.

5) Baumbach-Hueck, § 341 Rdn. 2.

beim Aktienumtausch (§ 305 III 1) maßgebend. Daß die außenstehenden Aktionäre die Ersatzansprüche ihrer AG gemäß § 309 f, 317 f geltend machen können und einem Verzicht oder Vergleich zustimmen müssen, ist eine weitere Position zur Durchsetzung ihres Interesses auf Gewinnerzielung durch die AG. Das Interesse, keinen über den Gesellschaftsschaden hinausgehenden Schaden zu erdulden, befriedigt die Bestimmung des § 317 I 2, die auch für eine Schadenszufügung im Rahmen des § 318 gilt ¹⁾).

Der Unterstützung zur Verwirklichung ihrer Interessen dienen das Antragsrecht gemäß § 315 und die Pflichten von Vorstand und Aufsichtsrat gemäß §§ 312 ff. Außerdem bedürfen bestimmte Entscheidungen der Gesellschaft eines Sonderbeschlusses der außenstehenden Aktionäre. ²⁾ Auch die aufgrund einer Eingliederung ausgeschiedenen Aktionäre haben einen Anspruch auf angemessene Abfindung. ³⁾

Der Begriff des außenstehenden Aktionärs ist im Gesetz nicht näher bestimmt. Eindeutig ist nur, daß der außenstehende Aktionär Abfindungs- bzw. Ausgleichsberechtigter sowie Sonderzustimmungsberechtigter ist.

In der Konzernrechtsliteratur werden als außenstehend solche Aktionäre bezeichnet, "die nicht zum Konzern gehören" ⁴⁾ oder nicht an den mit dem herrschenden Unternehmen verbundenen Unternehmen beteiligt sind ⁵⁾. Eingehende Erläuterungen stellen in funktionaler Betrachtungsweise teils auf das Vermögensinteresse der außenstehenden Aktionäre ab, teils aber auch darüber hinaus auf deren Sonderzustimmungsrecht.

Da die außenstehenden Aktionäre durch den Abschluß von Unternehmensverträgen eine Ausgleichsberechtigung erlangten, könne nur derjenige einen Ausgleich fordern, dem durch den Unternehmensvertrag ein entsprechender Gewinn entzogen werde. Somit sei derjenige Aktionär nicht

1) ders. § 318 Rdn. 1.

2) §§ 295 II, 296 II, 297 II, 312 III, 309 III, 310 IV/309 III, 317 IV/309 III, 318 IV/309 III.

3) § 320 V

4) Geßler BB 1965/682.

5) Haberlandt in Möhring-Schwartz S. 297.

außenstehend, dessen Vermögen wirtschaftlich dem Vermögen des anderen Vertragsteiles zugerechnet werden müsse¹⁾ bzw. dessen Vermögen mit dem Vermögen des h.Us eine wirtschaftliche Einheit bilde²⁾). Dies ist dann der Fall, wenn der Aktionär eine Gesellschaft ist, deren Anteile sich sämtlich im Besitz des anderen Vertragsteiles befinden oder wenn umgekehrt dem Aktionär alle Anteile des anderen Vertragsteiles gehören³⁾). Dasselbe gilt, wenn der Aktionär mit dem anderen Vertragsteil als Berechtigter oder Verpflichteter eines Gewinnabführungsvertrages verbunden ist.⁴⁾ Die Amtliche Begründung⁵⁾ läßt die Verbindung durch einen Beherrschungsvertrag genügen. Nichtaußenstehende sollen aber auch ein Dritter und die mit ihm in gleicher Weise verbundenen Aktionäre sein, wenn die AG ihre vertraglichen Leistungen an diesen zu erbringen hat.⁶⁾

Da die außenstehenden Aktionäre - seien sie Unternehmen oder nicht - von dem anderen Vertragsteil irgendwie abhängig sein können, müßten sie, um die Sonderbeschlüsse⁷⁾ nicht zu verfälschen, von diesen Abstimmungen ausgeschlossen bleiben.⁸⁾ Ebenso müßten diejenigen Aktionäre als nicht außenstehend betrachtet werden, die den anderen Vertragsteil bzw. das unmittelbar h.U beherrschten oder mit ihm unter einheitlicher Leitung zusammengefaßt seien.⁹⁾

1) Baumbach-Hueck, § 295 Rdn. 5; ähnlich Brauksiepe BB 66/145.

2) J. Gessler §§ 295-298 Anm. 4; Amtl. Begründung zu § 284 RegE (Kropff S. 385).

3) Brauksiepe BB 66/146; Baumbach-Hueck aaO; Amtl. Begr. aaO; Zeiß S. 134; Werner NB 1967/Heft 4 S. 7.

4) Baumbach-Hueck aaO; J. Gessler aaO; Würdinger S. 283.

5) aaO, insoweit offenbar zustimmend Petzel S. 25; ebenso Zeiß S. 134; Brauksiepe BB 66/145.

6) Amtl. Begr. aaO; J. Gessler aaO; offenbar zustimmend Petzel aaO, zweifelnd Baumbach-Hueck aaO.

7) Vgl. oben S. 57 Note 2

8) Petzel aaO; Godin-wilhelmi § 304 Anm. 7; Bachelin S. 22; ebenso ohne Begründung Würdinger S. 283.

9) Petzel aaO; Godin-wilhelmi aaO.

Im Rahmen dieser Untersuchung wird auf Einzelheiten der dargestellten Begriffsbildung nicht eingegangen und nur die Grundsatzfrage erörtert, ob es einen einheitlichen Begriff des außenstehenden Aktionärs gibt oder der Begriff je nachdem, ob er als Anknüpfungspunkt für das Sonderabstimmungsrecht oder für das Ausgleichs- und Abfindungsrecht ¹⁾ (die Befriedigung des Gewinninteresses) gebraucht wird, einen unterschiedlichen Inhalt hat. Da das Erfordernis der Sonderzustimmung aufgestellt wurde, um das Gewinninteresse der außenstehenden Aktionäre zu schützen, dient das Sonderzustimmungsrecht - sozusagen als flankierende Berechtigung - dem hauptsächlich durch den Ausgleichs- (und Abfindungs-) Anspruch geschützten Gewinninteresse der Aktionäre. Also müssen alle diejenigen sonderabstimmungsberechtigt sein, die Ausgleichs- (und Abfindungs-) Berechtigte sind. Der entsprechende Umkehrschluß ist jedoch - wie sich zeigen wird - nicht zulässig. Ist der vom anderen Vertragsteil beherrschte, also nicht sonderbeschlußberechtigte Aktionär der abh. AG auch an dem anderen Vertragsteil der abh. AG beteiligt, so erleidet er durch den Abschluß eines Beherrschungsvertrages oder Gewinnabführungsvertrages eine Gewinneinbuße. ²⁾ Diese kann jedoch infolge der Beteiligung am anderen Vertragsteil ganz oder teilweise ausgeglichen werden. Der Gewinn, den der Aktionär der abh. AG verliert, gewinnt er ganz oder teilweise zurück durch die Erhöhung seines Beteiligungsgewinns bei dem anderen Vertragsteil. Ist der prozentuale Anteil des nicht sonderbeschlußberechtigten Aktionärs an der abh. AG größer als an dem anderen Vertragsteil, so bleibt er teilweise geschädigt. Dennoch lehnt Petzel ³⁾ die Anwendung der §§ 304 ff auf ihn ab, da das Gesetz keinen "teilweise außenstehenden Aktionär" kenne. Das Interesse an einer klaren Scheidung des Be-

-
- 1) Das Ausgleichsrecht und das Abfindungsrecht sind hier nicht getrennt zu sehen; vgl. Bachelin S. 21 f.
2) vgl. die Beispiele bei Petzel S. 26 f; Bachelin S. 27 und Brauksiepe BB 66/145.
3) S. 30

griffes sei entscheidend. Diesem Ergebnis kann nicht gefolgt werden, zumal eine klare Begriffsbildung möglich ist. Auch wenn man auf den Fall des nicht sonderbeschlußberechtigten Aktionärs mit teilweiser Gewinneinbuße, wie es die Interessensituation erfordert, die §§ 304 ff anwendet ¹⁾, erhält man klare Begriffe. Zwar ist dadurch der Einheitsbegriff des außenstehenden Aktionärs aufgehoben. Die Differenzierung zwischen dem außenstehenden Aktionär i.S. der §§ 304 ff und dem außenstehenden Aktionär i.S. der Sonderbeschlußvorschriften ²⁾ führt aber nicht zu Unklarheiten. Selbst wenn die Gewinneinbuße des Aktionärs und damit sein Ausgleich infolge von Bewertungsschwierigkeiten nur schwer oder nicht genau errechnet werden könnte, muß ihm zumindest der Abfindungsanspruch erhalten bleiben.

- d) Bei der Betrachtung des Schutzes der abh. AG, der außenstehenden Aktionäre und der Gläubiger der abh. AG fällt auf, daß das Gesetz den wirksamsten Schutz vor Beeinträchtigung dieser Interessen, nämlich das Verbot der Konzernbildung bzw. der Beeinflussung aufgrund von Abhängigkeitsverhältnissen, nicht ausgesprochen hat.

Beherrschungsverträge mit der AG sind zulässig, weil eine Knebelung einer privatrechtlichen juristischen Person selbst nicht sittenwidrig ist ³⁾. Sie sind trotz der Gefährdung der Aktionärs- und Gläubigerinteressen gestattet.

Noch erstaunlicher ist die Berücksichtigung der Möglichkeit der Beeinflussung aufgrund faktischer Abhängigkeit. Das h.U darf die abh. AG zu einem für sie nachteiligen Verhalten veranlassen, sofern es in demselben Geschäftsjahr den Nachteil wertmäßig ausgleicht.

Bei Bestehen eines Beherrschungsvertrags kann also das

1) ebenso Bachelin S. 28; Brauksiepe BB 66/145 f.

2) Siehe Note 2 S. 57

3) vgl. die sich gegen die Entscheidung AG 82/308 ff (Petroleum-Fall) wendende Literatur bei Wrlinghagen S. 33 Note 5.

Interesse der abh. AG unbeachtet bleiben. § 308 I 2 bestimmt ausdrücklich, daß das h.U bei der Urteilung von Weisungen sein Interesse oder das der mit ihm konzernverbundenen Unternehmen verfolgen darf. Dies ist im § 311 nicht ebenfalls ausdrücklich erklärt. Auch diese Vorschrift ist jedoch nur dann anzuwenden, wenn das h.U durch die nachteilige Veranlassung eigene Belange oder solche konzernverbundener Unternehmen verfolgt.¹⁾

Bei faktischer Abhängigkeit ist dem Interesse des h.Us an der Verfolgung der eigenen Belange bzw. derjenigen konzernverbundener Unternehmen dadurch entsprochen, daß es sich bzw. einem konzernverbundenen Unternehmen auf Kosten der abh. AG einen Vorteil verschaffen darf, den es erst am Ende des Geschäftsjahres auszugleichen braucht, und daß dieser Ausgleich nicht in Natur, sondern nur wertmäßig vorzunehmen ist. Somit kann das faktisch herrschende Unternehmen innerhalb eines Geschäftsjahres mit Wirkung für den gesamten Konzern einen Ausgleich von Vor- und Nachteilen nach eigenem Gutdünken herbeiführen.

Im AktG 1965 sind demnach nicht nur die Interessen der abh. AG, ihrer Gläubiger und außenstehenden Aktionäre geschützt, sondern auch die Interessen des h.Us an der Verfolgung der Belange der Konzernmitglieder berücksichtigt.²⁾

3. Die Frage nach dem durch die aufgezeigte Befriedigung der jeweiligen Interessen verfolgten Regelungszweck ist die Frage nach den Gründen für diese Regelung.

a) Die Aktionäre finanzieren die AG nicht nur durch das Einbringen von Bar- oder Sacheinlagen, sondern auch dadurch, daß sie von Gesetzes wegen bzw. freiwillig Rück-

1) vgl. oben S. 50 mit Note 1.

2) vgl. auch Kellmann BB 69/1512; Kropff DB 67/2208; Gunther Hartmann, Karburger Aussprache S. 58; Strauß S. 28; Luchterhandt ZHR 133/1 f, 11 f; a.A. offenbar Dippel, DRiZ 65/361.

lagen bilden und dieses das Grundkapital übersteigende Vermögen der AG, das durch den Einsatz der Einlagen der Aktionäre erzielt wurde, nicht an sich ausschütten ¹⁾). Das gesamte Vermögen der AG ist also "wirtschaftliches Vermögen" der Aktionäre, was infolge der Existenz der Summenaktie in Vergessenheit zu geraten droht. ²⁾ Das Interesse der Aktionäre, durch die von ihnen finanzierte AG Gewinne zu erzielen, ist durch das Gesetz dem Interesse des h.Us, sich durch Benachteiligung der AG Vorteile zu verschaffen, vorgezogen werden. Der Grund hierfür ist der Gedanke der notwendigen Beschränkung des Erwerbsstrebens des herrschenden Unternehmens.

Für unser individualistisch geprägtes Wirtschaftssystem sind Privateigentum und Erwerbsstreben wesentlich. ³⁾ Dies hat rechtliche und wirtschaftliche Auswirkungen auf die Unternehmensbildung. Deren rechtliche Voraussetzungen sind die Gewerbefreiheit, also die Zulässigkeit des Aufbaues und des Betreibens eines Gewerbes. ⁴⁾ Dazu gehört auch die Zulässigkeit der Bildung von Gesellschaften zum Zweck des Betreibens eines Gewerbes. Die wirtschaftlichen Voraussetzungen der Bildung von Unternehmen ist die Teilnahme Privater am Wirtschaftsprozeß durch den risikobehafteten Einsatz von Kapital und/oder Arbeit. Der entscheidende Impuls zur finanziellen Teilnahme am Wirtschaftsprozeß ist regelmäßig die Chance der Gewinnerzielung. ⁵⁾ Das Interesse an Gewinnerzielung durch den Einsatz von Wirtschaftsgütern ist also ein grundlegendes Interesse. Die Chance seiner Befriedigung führt zu der von unserer Wirtschaftsordnung gewünschten Übernahme von das allgemeine Lebensrisiko übersteigendem unternehmerischem Risiko. Ohne Befriedigung dieses Interesses würde das private Kapital der Wirtschaft entzogen und der Einsatz neuen Kapitals verhindert. Also darf auch die Freiheit der Bildung

1) Der Begriff Selbstfinanzierung der AG ist insofern irreführend.

2) Vgl. Jahr-Stützel S. 30; Going-Kronstein S. 16.

3) Ritschl, HDSW XII S. 198.

4) vgl. Tuchtfeldt, HDSW IV S. 501.

5) Ritschl aaO und HDSW X S. 508.

wirtschaftlicher Planungseinheiten dieses Interesse nicht verletzen. Deshalb kann das Gesetz nicht dulden, daß den anderweitig nicht befriedigten, den außenstehenden Aktionären die Erzielung eines Gewinnes ganz oder teilweise unmöglich gemacht wird. Aufgrund dessen war ihnen eine Dividendengarantie und ein Recht auf Abfindung zu gewähren. Auf demselben Grund beruht die Gewährung der Sonderzustimmungsrechte.

Bereits vor Geltung dieser gesetzlichen Regelung gelangte man in Literatur und Rechtsprechung zu diesem Ergebnis.¹⁾

- b) Soweit der Beherrschungsvertrag nachteilige Weisungen des h.Us erlaubt, ist die abh. AG geschützt vor dem Verlust ihrer Existenzfähigkeit bzw. der für eine nachvertragliche Existenz notwendigen Vermögensbasis.

Die Regelung der §§ 300 - 302 ist aber nicht allein mit dem Interesse der AG an ihrer Existenz zu begründen. Der Grund für den Schutz der AG ist vielmehr hinter der Fassade der juristischen Person AG zu suchen, die geschützt wird. Die AG entsteht infolge der Absicht der Gründer-Aktionäre, ein rechtlich selbständiges Sondervermögen zu schaffen, vermittels dessen sie sich finanziell am Wirtschaftsprozess beteiligen. Die Aktionäre übernehmen dabei das Risiko des Verlustes ihrer Einlage, erhalten andererseits die Chance, einen Gewinn zu erzielen. Deshalb sind die Aktionäre auch zuständig für die grundlegenden Vermögensangelegenheiten der AG, wie z.B. Kapitalerhöhung²⁾ und -Verminderung³⁾, Gewinnverwendung⁴⁾ und Auflösung⁵⁾,

1) Als schutzwürdig i.S. von §§ 101 III und 197 II 2 AktG 1937 wurden Konzernbelange nur dann betrachtet, wenn für freie Aktionäre (und Gläubiger) ein angemessener Ausgleich gewährt wurde oder die AG als Nachteilsausgleich Vorteile erlangte; vgl. Schmidt bei Gadow-Heinichen, § 101 Anm. 8; Schilling ebda § 256 Anm. 13 mit weiteren Nachweisen; Zöllner S. 89; Mestmäcker S. 369; Duden BB 57/1232; Würdinger DB 57/964; Rinck, Juristen-Jahrbuch 5, S. 124. Für das Recht der AG nach dem HGB vgl. Netter, JW 1931/3031 f.

2) § 119 I Nr. 6, §§ 182 ff

3) § 119 I Nr. 6, §§ 222 ff

4) § 119 I Nr. 2, § 174

5) § 119 I Nr. 8, §§ 262 f.

die zur Abwicklung führt.¹⁾ Wenn der Gesetzgeber das Vermögen der AG schützt, so werden damit letztlich die Interessen der Aktionäre geschützt.

Während das Interesse der außenstehenden Aktionäre an der Erhaltung ihrer Gewinnchancen für die Dauer des Bestehens des Beherrschungsvertrages (und des Gewinnabführungsvertrages) durch die §§ 304 ff geschützt ist, genießen die Interessen aller Aktionäre an der Erhaltung ihrer Gewinnchancen für die Zeit nach Beendigung des Beherrschungsvertrages (oder Gewinnabführungsvertrages sowie der anderen dort bezeichneten Verträge) den Schutz der §§ 300 - 302 AktG.

Der Schutz dieses als fundierend erkannten Interesses aller Aktionäre auf Gewinnerzielung kann aber nur erreicht werden durch den Schutz ihres rechtlich verselbständigten Kapitals, der Summe ihrer Finanzierungen. Der Schutz des Interesses der Aktionäre gebietet also den Schutz des Mediums, vermittels dessen sie am Wirtschaftsprozeß teilnehmen. Das Interesse der Aktionäre bestimmt somit das Interesse der AG. Geschützt wird die juristische Person AG als Personenverband²⁾. Das vorvertraglich erarbeitete Kapital der AG muß bei dem Abschluß und der Durchführung der Unternehmensverträge aus diesem Grunde unangetastet bleiben.

Entsprechendes gilt für die faktisch abhängige AG. Durch ihren Schutz werden die Interessen aller ihrer Aktionäre befriedigt.

Da bei der Eingliederung die Hauptgesellschaft selbst alleinige Gesellschafterin der eingegliederten AG ist, entfällt ein Aktionärsschutz (§ 324). Geschützt werden nur die ausgeschiedenen Aktionäre (§ 320 V).

c) Ist das Interesse der Aktionäre an Gewinnerzielung ge-

1) Vgl. auch Horn AG 1969/369 ff.

2) Vgl. allgemein Zöllner S. 19 ff, insbes. S. 21, 23, der in der jur. Person das Personenverbandsinteresse vom Haftungsverbandsinteresse unterscheidet.

eignet, im Konfliktfall durch die Rechtspersönlichkeit der AG hindurch zu wirken, so handelt es sich bei der Frage, wie die Interessen der Gläubiger einer unabhängigen AG zu sichern sind, um ein Hindurchwirken der Gläubigerinteressen durch die Rechtspersönlichkeit der AG in Richtung auf die Aktionäre.

An dieser Stelle ist zunächst zu bedenken, daß die Absicht der Aktionäre nach Risikobeschränkung zur Bildung der AG geführt hat. Unsere Wirtschaftsordnung verbietet eine Risikobeschränkung bei der Teilnahme am Wirtschaftsprozess nicht.¹⁾ Andererseits ist es aber auch nicht zulässig, mit Gewinnchancen am Wirtschaftsleben teilzunehmen, ohne jedes Risiko zu tragen, da im gesellschaftlichen Raum die Freiheit ein notwendiges Korrelat in der Verantwortung besitzt, die wirtschaftliche Freiheit somit auch nicht ohne die Gefahr wirtschaftlichen Verlustes, nicht ohne Risiko ausgeübt werden darf.²⁾ Unsere Wirtschaftsordnung verbietet also rechtlich oder nur faktisch begründete Gestaltungsformen, die einen Risikoausschluß bzw. eine völlige Risikoüberwälzung auf die Gläubiger bewirken.³⁾ Deswegen sind die Aktionäre zur Befriedigung der Interessen der Gläubiger gehalten, die AG mit einem Grundkapital auszustatten, das sie sich nicht als Einlage oder Gewinn zurückgewähren dürfen.⁴⁾

Ebenso wie einerseits die Interessen der Aktionäre durch

1) Bedenken dagegen äußert Großfeld S. 110 ff.

2) Vgl. die grundlegende Darstellung von Großfeld S. 105 ff mit weiteren Nachweisen. Zu weitgehend dagegen Müller-Erzbachs Auffassung, wonach jeder die Gefahr nur insoweit zu tragen habe, wie er sie beherrschen könne (Einheit von Herrschaft und Haftung); vgl. Müller-Erzbach S. 180 f, Mitgliedschaft S. 36 ff und 116 ff, AcP 154/342 f. Gegen Müller-Erzbach und die ihm folgende Literatur (zuletzt J. Hartmann S. 7 ff, 78) zu Recht Hofmann NJW 69/579 f; vgl. auch BGHZ 45/204 (205 ff).

3) Vgl. darüber auch Pohmer in Verhältnis Wirtschaftswiss. S. 62 f.

4) §§ 57, 58 AktG

den Schutz der AG gewahrt werden, müssen andererseits hier die Interessen der Gläubiger durch den Schutz der AG vor finanzieller Entblößung befriedigt werden. Der Schutz aber wird in beiden Fällen ausdrücklich der AG gewährt. Man kann also sagen: das Grundkapital bedeutet einen Schutz der AG vor Substanzverlust und somit vor dem Verlust der Aktionsfähigkeit. Die Pflicht zur Erhaltung eines Vermögens in Höhe des Grundkapitals hat die Wirkung ¹⁾ der Erhaltung einer bestimmten Haftsumme für die Gläubiger bis zur förmlichen Herabsetzung des Grundkapitals bzw. bis zur Auflösung der AG.

Gleichzeitig bewirkt die Erhaltung des Vermögens der AG einen Schutz der AG vor dem Verlust ihrer bisherigen Aktionsfähigkeit. Damit sind auch die Gläubiger der AG geschützt.

Darüber hinaus hat bei Bestehen eines Beherrschungsvertrages die Pflicht zur Erhaltung des vorvertraglich erarbeiteten Vermögens die Wirkung der Erhaltung einer bestimmten Haftsumme bis zum Vertragsende. Wie die Gläubiger von der Herabsetzung des Grundkapitals überrascht werden können, so können sie auch überrascht werden von der Kündigung eines Beh.Ves. Da sie jedoch bei Begründung ihres Gläubigerrechts jeweils auf die Beibehaltung der Haftsumme vertraut haben, darf ihnen aus der Verringerung der Haftsummen kein Nachteil entstehen. ²⁾ Daß die Gefahr einer Verringerung des Vermögens der abh. AG besteht, ist begründet in der Möglichkeit der Beeinträchtigung der Lebensfähigkeit der AG durch die während der Vertragsdauer existierenden Strukturveränderungen. ³⁾ Die gleiche Gefahr besteht für das Vermögen der eingegliederten AG. Dies ist der Grund für den Anspruch der Gläubiger auf Sicherheitsleistung in beiden bezeichneten Fällen (§§ 303, 321). Da derjenige Sicherheit zu leisten hat, der für die

1) Die Pflicht zur Erhaltung des Grundkapitals besteht gegenüber der AG. Die Gläubiger trifft nur die Wirkung der Erhaltung der Haftsumme.

2) J. Gessler § 303, Erläuterung.

3) DJT - Konzernrecht, Tz 570.

Erhaltung der Haftsumme verantwortlich ist, richtet sich der Anspruch der Gläubiger der abhängigen AG gegen das herrschende Unternehmen.

Der darüber hinausgehende Schutz durch die Gesamtschuldnerhaft der Hauptgesellschaft (§ 322) ist in dem Fehlen des mittelbaren Schutzes der Gläubiger durch den Schutz der AG (§ 324) begründet.

- d) Die Berücksichtigung der Interessen des Konzerns gegenüber den Interessen der abh. AG, ihrer außenstehenden Aktionäre und ihrer Gläubiger bedeutet nicht die Anerkennung der Macht des Stärkeren. Die Zulässigkeit der Bildung und Existenz von Konzernen ist eine Entscheidung, die aus gesamtwirtschaftlichen Gründen gerechtfertigt wird. Denn Konzernbildungen können nicht nur den Wettbewerb beeinträchtigen, sondern - insbesondere infolge der Einsparung von Kostengütern - auch volkswirtschaftlich nützlich wirken. ¹⁾

Ein Blick auf das GWB ²⁾ könnte jedoch zu der Auffassung verleiten, das negative Moment der Wettbewerbsbeschränkung wiege grundsätzlich schwerer als die gesamtwirtschaftlich positiven Konzentrationseffekte. Offenbar in Verfolgung dieses Gedankens wird die Auffassung vertreten, daß der Konzern trotz der durch ihn bewirkten Bildung von Marktmacht im wesentlichen deshalb von einem generellen Verbot verschont bleibe, weil durch die Konzernbildung eine Beschränkung des Wettbewerbs - im Gegensatz zum Kartellvertrag, der die beabsichtigte Beschränkung offenbare - nur schwer nachweisbar sei. ³⁾ Demgegenüber wird jedoch eine differenzierende Betrachtung zu der Feststellung führen, daß die Möglichkeit kostensparender Produktion - und damit die Möglichkeit einer Verbesserung der Güterversorgung und einer Erhöhung des Sozialproduktes - im

1) Vgl. oben S. 8, 36 f.

2) vgl. §§ 1, 15 GWB

3) Wessels aaO

Konzern ebenso wie im fusionierten oder aus sich selbst gewachsenen Großunternehmen eher gegeben ist als beim Kartell. ¹⁾ Man kann demnach davon ausgehen, daß der Gesetzgeber grade wegen der gesamtwirtschaftlich positiven Effekte die Existenzberechtigung von Konzernen bejaht hat. ²⁾ Die Richtigkeit dieser Auffassung wird unterstützt durch die Tatsache der Zulässigkeit von Kartellen zum Zwecke der Rationalisierung ³⁾, wenn sie "dadurch die Befriedigung des Bedarfs verbessern" ⁴⁾. Wird der Konzern bejaht ⁵⁾, so ist im AktG auch seine Existenz zu berücksichtigen und somit auch im Subordinationskonzern die Möglichkeit einer einheitlichen Leitung zu gewähren. Deshalb ist auch die Auffassung von der wirtschaftspolitischen Neutralität^a des Aktiengesetzes abzulehnen. ⁶⁾ Es besteht nur insofern eine gesetzliche "Neutralität", ein gesetzliches Schweigen, als das Aktiengesetz die Bildung von größeren Wirtschaftseinheiten in der Form von Konzernen nicht fördert und nicht verbietet. Betrachtet man die gesetzlichen Regelungen des Aktiengesetzes und des GWB, so ist festzustellen, daß dem GWB wirtschaftspolitische Gesichtspunkte zugrunde liegen, das Konzernrecht des Aktiengesetzes aber - unter bloßer Berücksichtigung der dort geregelten, nicht selbst regelnden Gesichtspunkte - gesellschaftsrechtlich-organisatorische Postulate erfüllt. ⁷⁾ Das Anliegen der dargestellten Konzernrechtsvorschriften ist der Aktionärs- und Gläubigerschutz.

1) vgl. oben S. 35

2) vgl. auch Bartholomeyczik in Gemeinschaftskommentar. RdN. 2 vor §§ 22-24; Gäfgen aaO S. 191 erklärt ebenfalls, daß eine Auflösung von Konzernen wegen der oft erheblichen Kosteneinsparungen selten geboten sei.

3) §§ 5, 5a GWB

4) § 5 II 1 GWB

5) Über den Konzernbegriff im GWB vgl. Harms S. 275.

6) Die Auffassung von der wirtschaftspolitischen Neutralität des Aktiengesetzes ist also abzulehnen; vgl. auch Reinhardt, Harburger Aussprache S. 10 f; Strauß ebenda S. 15 ff; Dülfer S. 220 f; Alfred Hueck, Gedanken, S. 6, 21 f; Westmäcker JuS 63/420; Zöllner S. 57; Adolf Schäfer, Bank-Betrieb 1965/174.

7) Würdinger, WuW 1967/84

4. Die Übersicht über die vorhandenen Interessen und die Lösung der Interessenkollisionen zeigen, daß zwei grundlegende Argumente die angeführten Schutzvorschriften notwendig werden ließen: der Vorrang des Aktionärsinteresses an Gewinnerzielung sowie das Sicherungs- und Erfüllungsinteresse der Gläubiger. Darüber hinaus hat sich gezeigt, daß die trotz der damit einhergehenden Gefahren gestattete Bildung von Konzernen ihren Grund hat in der grundsätzlich möglichen Herbeiführung der bezeichneten volkswirtschaftlich günstigen Effekte.

Durch die Befriedigung der bezeichneten Interessen sind sowohl der einzelne Aktionär (Individualschutz) als auch die Allgemeinheit in ihrem Interesse an der Erhaltung der Wirtschaftsordnung (Generalschutz, Institutionenschutz) geschützt. Auch im Aktiengesetz findet sich also - wie im GWB ¹⁾ - sowohl ein Individualschutz als auch ein General- oder Institutionenschutz, wobei im AktG die Schutzrechte der abhängigen AG, den Aktionären und Gläubigern gewährt werden. Diese gesetzliche Regelung bestätigt die Auffassung von der zusätzlichen "gesellschaftlichen Funktion privatrechtlicher Institute, insbesondere des subjektiven Rechts" ²⁾.

1) Vgl. Ganderberger S. 19 f; Merz in Festschrift Böhm S.256 ff.

2) Vgl. die Untersuchung Großfelds S. 193 ff, insbes. auch S. 198 und den dort ebenfalls zitierten Ausatz Reinhardt in Festschrift Schmidt-Rimpler S. 130 ff.

§ 12 Die Auffassungen der Konzernrechtsliteratur zu den Begriffen des herrschenden und des abhängigen (Konzern-) Unternehmens.

1. a) In der Konzernrechtsliteratur zum Begriff des herrschenden Konzernunternehmens lassen sich drei Meinungsgruppen unterscheiden: es werden eine funktionale Auffassung, eine institutionelle Auffassung und eine beide Blickpunkte einschließende Meinung vertreten. Als erster Vertreter der funktionalen Auffassung hat Kropff ¹⁾ zunächst die unternehmensverfassungsrechtliche Unterscheidung Köhlers ²⁾ vom Unternehmen als Inbegriff von Sachen und Rechten und dem Unternehmen als Funktion aufgegriffen und, um dem Zweck des Gesetzes nach Schutz der abh. AG, ihrer Gläubiger und der außenstehenden Aktionäre gerecht zu werden, im Wege funktionaler Betrachtung den Begriff des herrschenden Konzernunternehmens als den Träger einer unternehmerischen Planungs- und Entscheidungsgewalt umschrieben. Brauksiepe ³⁾, Kellmann ⁴⁾, Ludwig ⁵⁾, Wassmuth ⁶⁾ und Florian Fischer ⁷⁾ stimmen der Ansicht Kropffs zu. Auch Möhring ⁸⁾ hält "die Funktion des Dritten als einer ziel- und planvoll, eben 'unternehmerisch' denkenden und handelnden Instanz" für entscheidend. Demgegenüber neigt Havermann ⁹⁾ der institutionellen Auffassung zu und lehnt die funktionale Auslegung des Unternehmensbegriffes als dem Willen des Gesetzgebers nicht entsprechend ab. Würdinger setzt offenbar den Unternehmensbegriff mit dem Begriff des Gewerbebetriebs als eines Gebildes mit eigenständigen wirtschaftlichen Interessen
-

1) BB 65/1285

2) JZ 53/718

3) BB 66/871

4) BB 69/1511 f

5) ZfK 1966 Heft 2

6) Der Städtetag 1967/43

7) S. 23 Note 3

8) NJW 67/1

9) Wp 66/32

gleich. ¹⁾ Das eigenständige wirtschaftliche Interesse oder Geschäftsinteresse müsse eigenständiger, d.h. der "Dividendenerwartung" aus der Beteiligung selbständig gegenüberstehender Erwerbszweck sein. Da der eigenständige Erwerbszweck sichtbar werden müsse, sei eine nach außen erfolgende planmäßige Teilnahme am Wirtschaftsverkehr erforderlich. ²⁾ Ähnlich fordern Biedenkopf-Koppensteiner die Einwirkung auf die abhängige AG in Verfolgung gesellschaftsfremder unternehmerischer Interessen. ³⁾ Der Auffassung Würdingers von der Existenz eigenständiger wirtschaftlicher Interessen folgen auch Müller-Rieker ⁴⁾, wobei sie hervorheben, daß die Unternehmensqualität nicht wegen des Bestehens eines Abhängigkeitsverhältnisses bejaht werden dürfe, sondern daß man die Unternehmensqualität vor der Frage nach einem Unterordnungsverhältnis festzustellen habe. Eigenständige Interessen lägen immer dann vor, wenn die als herrschendes Konzernunternehmen zu qualifizierende Person einen erwerbswirtschaftlichen Geschäftsbetrieb unterhalte. Wie Müller-Rieker fordert auch Huber ⁵⁾ die Existenz eines Geschäftsbetriebs. Werner ⁶⁾ lehnt die funktionale Auffassung ab, da es nach seiner Ansicht vornehmlich auf die gewerbliche Betätigung ankommen muß. Janberg-Schlaus ⁷⁾ bejahen die Unternehmenseigenschaft nur bei demjenigen, der selbständig am Wirtschaftsverkehr teilnehme. Ähnlich verlangt Goerdeler ⁸⁾ das Vorhandensein einer organisierten Wirtschaftseinheit. Rasch ⁹⁾ lehnt seine Auffassung vom Unternehmen i.S. der §§ 15 ff an die Vorstellungen vom Gewerbebetrieb bzw. dem Handelsunternehmen an, ohne sich jedoch festlegen zu wol-

1) S. 263; in Großkommentar z. AktG Vorb. §§ 15-19 Anm. II 3b; in Festgabe Kunze S. 182.

2) ders. in Großk. AktG aaO und Festgabe Kunze S. 181 f.

3) in Kölner Kommentar § 15 Rdn. 12.

4) Wp 67/199 f.

5) ZHR 133/290

6) NB 67/ Heft 4 S. 2

7) AG 67/37 f

8) Festgabe Kunze S. 217

9) S. 37, auch in der Voraufgabe S. 24

len. Er begnügt sich mit einem "Hinweis", der jedoch immerhin so weit geht, daß das Unternehmen i.S. des § 15 AktG bezeichnet wird als die "Zusammenfassung von beweglichen und unbeweglichen Sachen, Rechten und Verbindlichkeiten sowie immateriellen Werten zu einem Ganzen als Ausdruck der wirtschaftlichen Betätigung und Leistung des Unternehmers, losgelöst von seiner Person und der Person der mit ihm Schaffenden". Im Handelsgesetzbuch werde dieser Begriff des Unternehmens als "Handelsgeschäft" bezeichnet. Rowedder-Haberlandt ¹⁾ tragen Bedenken gegen den funktionalen Unternehmensbegriff vor und verlangen das Betreiben eines Gewerbes, was sich aus dem Argument zur Bejahung der Unternehmensqualität für Holdinggesellschaften ergibt, daß es nämlich für diese genüge, daß nach der Struktur der Gesellschaft ein Gewerbe betrieben werden könne. Auch Schäfers Auffassung ²⁾ geht dahin, daß ein gestaltender Einfluß auf selbständige Gesellschaften noch kein Unternehmen ausmache. Er folgert daraus, daß das Beherrschtwerden dem beherrschten Unternehmen nicht die Unternehmensqualität nehme, da das AktG ja auch von abhängigen Unternehmen rede. Bolsenkötter ³⁾ bejaht den institutionalen Konzernunternehmensbegriff, da er zu sinnvolleren Ergebnissen führe. Ebenso spricht sich Luchterhandt ⁴⁾ aus und fordert regelmäßig einen Gewerbebetrieb zur Bejahung der Qualität eines Konzernunternehmensbegriffes. Leo ⁵⁾, Geßler ⁶⁾, Baumbach-Hueck ⁷⁾ und Obermüller-Werner-Winden ⁸⁾ definieren das Unternehmen nicht ausdrücklich nach der institutionellen Auffassung, gehen jedoch auch grundsätzlich vom Gewerbebetrieb aus und bejahen bei dessen Vorliegen ein Unterneh-

1) in Köhring-Schwartz S. 284

2) BB 66/231.

3) DB 67/1098 ff, insbes. S. 1101;

4) ZHR 132/152 f, 156

5) AG 65/353

6) BB 65/677

7) § 15 Rdn. 3

8) S. 168

men. Wilhelmi verzichtet auf eine allgemeine Definition des Unternehmensbegriffs der §§ 15 ff AktG, bemerkt jedoch, der Begriff Unternehmen solle dasjenige bezeichnen, womit eine Person oder Personengruppe am Wirtschaftsleben teilnehme. ¹⁾ Walther ²⁾ betont nur, der Begriff "Unternehmen" sei sehr weit, so daß er Gesellschaften aller Rechtsformen sowie den Einzelkaufmann umfasse. Auch nach Knoblauch ³⁾ soll der Unternehmensbegriff sehr großzügig ausgelegt werden. Bernhardt ⁴⁾ befürwortet ebenfalls eine weite Auslegung.

Eine Mittelmeinung wird von Raiser ⁵⁾ vertreten. Er fordert für das Unternehmen ein "Minimum an äußerer Veranstaltung bzw. äußerer Kundbarmachung". Ein gemeinsamer Kernbereich sei allen Unternehmensdefinitionen im Handels- und Wirtschaftsrecht gemeinsam, der sich darstelle als die Existenz einer- wenn auch im Einzelfall zu einem Rest zusammengeschrumpften - äußeren Veranstaltung im Sinne eines äußeren Hervortretens, die von einer gewissen Dauer sein müsse. Durch diese beiden Momente sei der Durchschnittstyp der organisierten Wirtschaftseinheit charakterisiert. Ähnlich soll der Unternehmensbegriff im Recht der verbundenen Unternehmen nach der Auffassung Miegels eine Grenzstellung zwischen den rein funktionalen und den rein institutionalen Definitionsversuchen einnehmen. ⁶⁾ Das Unternehmen sei ein einheitliches, willens- und handlungsfähiges Gebilde im weitesten Sinne, das einen Gewerbebetrieb i.S. der §§ 1 ff HGB betreibe, der nicht notwendigerweise ein Handelsgewerbe zu sein brauche. ⁷⁾ J. Gessler ⁸⁾ betrachtet die Ansammlung von Kapital und anderen Produktionsfaktoren zu einer - wenn auch

1) AG 65/247; ähnlich Winkhaus S. 22

2) AG 61/90

3) S. 37

4) BB 66/679

5) JZ 66/555 und ZHR 132/184

6) S. 148

7) S. 151

8) § 15 Anm. 2

durchorganisierten - Wirtschaftseinheit noch nicht als Unternehmen, sondern setzt "einen marktbezogenen Einsatz und eine marktstrategische Einplanung dieser Wirtschaftseinheit durch eine oder mehrere natürliche oder juristische Personen" voraus. Nicht die Organisation, sondern der unmittelbare Einsatz zum Zwecke der Mitgestaltung des Wirtschaftslebens mache das Unternehmen aus.

- b) Die funktional orientierten Definitionsversuche leiden an dem Mangel, daß sie den Begriff Unternehmen mit unternehmerischer Planungs- und Entscheidungsgewalt oder unternehmerischem Denken und Handelns, also mit dem Begriff "unternehmerisch" erklären. Dies bedeutet weder eine Erklärung noch eine Erleichterung für eine Erklärung des Unternehmensbegriffs. Es wird nämlich nicht erläutert, wie dieses "Unternehmerische" aufzufassen sei. Daß hierdurch das herrschende Konzernunternehmen mit Hilfe eines allgemeinen Unternehmensbegriffes erklärt werden soll, ist wohl nicht anzunehmen. Es gibt - wie die obigen Erwägungen gezeigt haben ¹⁾ - keinen allgemeinen Unternehmensbegriff, von dem aus auf formallogischem Wege der Begriff des Konzernunternehmens oder des herrschenden oder abhängigen Konzernunternehmens ableitbar wäre. Gäbe es ihn, so würde der Rückgriff vom besonderen Begriff des Konzernunternehmens auf den allgemeinen Begriff des Unternehmens noch keine Lösung herbeiführen, da dann gerade die Besonderheiten des Konzernunternehmensbegriffs noch zu bestimmen wären. Da es jedoch keinen allgemeinen Unternehmensbegriff gibt, ist der Konzernunternehmensbegriff auch kein spezieller, sondern ein vom Zweck des Gesetzes her zu verstehender, also ein spezifischer Unternehmensbegriff.

Würde man die Erklärung "unternehmerisch" der funktionalen Definitionsversuche - dem vorerwähnten Gedanken folgend - als konzernunternehmerisch oder unternehmerisch i.S. der

1) vgl. § 9.

Konzernrechtsvorschriften verstehen, so würde die Aussage dieser Meinungsgruppe lauten: "Konzernunternehmen ist konzernunternehmerisches Planen und Entscheiden". Diese Aussage ist aber semantischer Unsinn. Die Semantik unterscheidet verschiedene semantische Stufen, wonach die Objektsprache (=Sprache über die Dinge) mit der jeweiligen Meta-Sprache (= die Sprache über diese Sprache selbst) nicht verwechselt werden darf.¹⁾ Bei der Betrachtung des Konzernunternehmens als Erkenntnisgegenstand gehört der Begriff "Konzernunternehmen" der Objektsprache an, der Begriff "konzernunternehmerisch" aber ebenfalls. Über den Begriff "Konzernunternehmen" kann man aber nur mit Hilfe der dazugehörigen Metasprache eine semantisch sinnvolle Aussage machen. Demnach führt auch dieser Auslegungsweg nicht zum Ziel.

Zu einem Ergebnis könnte man jedoch dadurch gelangen, daß man "unternehmerisch" als kaufmännisch definiert. Es wäre nicht notwendig, die unternehmerische Tätigkeit mit der Handelstätigkeit des Kaufmanns nach § 1 HGB zu identifizieren. Auch das HGB nennt andere Unternehmen²⁾, die als Handelsgewerbe i.S. des § 1 II HGB gelten. Man müßte dann aber zur Ausübung der so verstandenen unternehmerischen Tätigkeit einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb fordern, wie es in den §§ 1, 2 und 3 HGB vorausgesetzt wird. Mit dem Erfordernis des kaufmännischen Geschäftsbetriebes wäre aber bereits das Tor zur institutionellen Auffassung durchschritten.

Auch wenn der Begriff "unternehmerisch" als wirtschaftswissenschaftlicher Begriff verstanden werden sollte, so wäre noch zu klären, welchen Inhalt er in diesem Zusammenhang haben soll.

- c) Bei den institutionell orientierten Definitionsversuchen ist zunächst der Auffassung Schäfers entgegenzutreten,
-

1) Bochenski S. 59 f;

2) §§ 2, 3 II HGB

daß ein gestaltender Einfluß auf eine selbständige Gesellschaft deshalb noch kein Unternehmen ausmache, weil dadurch dem beherrschten Unternehmen die Unternehmensqualität nicht genommen werde. Aus den Konzernrechtsvorschriften geht hervor, daß das Konzernunternehmen Träger von Rechten und Pflichten ist ¹⁾ und rechtliche Selbständigkeit aufweisen muß ²⁾. Dies gilt für das herrschende wie das abhängige Konzernunternehmen. Die Vertreter der funktionalen Auffassung behaupten nicht, daß ein gestaltender Einfluß das alleinige oder entscheidende Merkmal eines Unternehmens i.S. des Konzernrechts sei, sondern sehen darin nur das Kriterium gerade für das herrschende Konzernunternehmen. Der Einwand, das abh. Unternehmen verliere infolge der Beherrschung seine Unternehmensqualität nicht, geht also an der Argumentation der Vertreter der funktionalen Auffassung vorbei. Im übrigen kann der Unternehmensbegriff schon deshalb nicht mit dem Begriff des Gewerbebetriebs gleichgesetzt werden, weil ein Gewerbebetrieb kein Träger von Rechten und Pflichten sein kann. Man könnte also nur den Inhaber eines Gewerbebetriebes als Definitionsbegriff für das herrschende Konzernunternehmen heranziehen. Damit ist das Problem jedoch nicht gelöst, sondern nur verlagert auf die Definition des Gewerbebetriebs im Sinne dieser institutionellen Meinungen zum Begriff des herrschenden Konzernunternehmens. Dies mag eine Erleichterung für die Problemlösung darstellen. Ein zwingendes Argument für ihre Richtigkeit bieten diese Definitionsversuche selbst nicht. Aus der formallogischen Betrachtung der Meinungsgruppen könnte man den Schluß ziehen, daß außer der funktionalen, als nicht zutreffend erkannten Auffassung vom herrschenden Konzernunternehmen nur diejenige vom herrschenden Konzernunternehmen als dem Inhaber eines Gewerbebetriebes ver-

1) Vgl. oben S. 44

2) vgl. § 15 AktG

treten werden könne und es eine dritte Möglichkeit nicht gebe. Dieser Satz vom ausgeschlossenen Dritten mag zwar für ein geschlossenes formallogisches System gelten ¹⁾; von seiner Wirkung kann jedoch hier nicht ausgegangen werden, da die Existenz eines solchen Systems nicht nachgewiesen ist.

Die Auffassung Raischs stellt nicht so sehr eine Mittelmeinung dar, sondern vielmehr eine Abschwächung der objektiven Merkmale voraussetzenden institutionellen Auffassung. Mit dem Erfordernis des Minimums an äußerer Veranstaltung oder Kundbarmachung sind nämlich objektive Merkmale bezeichnet. Raischs Argumentation, daß alle Unternehmensbegriffe des Handels- und Wirtschaftsrechts dieses Merkmal aufweisen, befriedigt jedoch ebenfalls nicht, da grundsätzlich andere Unternehmensbegriffe zur Definition des hier gesuchten Unternehmensbegriffs nicht verwendet werden können und somit auch der Schluß von dem allen anderen Unternehmensbegriffen gemeinsamen, also insoweit allgemeinen Kernbereich auf den Bereich des spezifischen (herrschenden) Konzernunternehmensbegriffs nicht erwiesenermaßen zulässig ist. Auch J. Gesslers Auffassung enthält als objektives Merkmal die organisierte Wirtschaftseinheit. Dieses verbindet er jedoch mit dem subjektiven Erfordernis des unmittelbaren marktstrategischen Einsatzes. Diese Verbindung von persönlichen und sachlichen Elementen scheint einer Lösung der Frage nach der Definition des Unternehmensbegriffes nahe zu kommen, da sie die Vorstellung berücksichtigt, daß ein Unternehmer nicht ohne Unternehmen im Sinne einer Organisation von Produktionsmitteln und ein solches Unternehmen nicht ohne Unternehmer denkbar sei. ²⁾ Andererseits scheint diese Definition sich in der Nähe der Versuche zur Definition eines allgemeinen Unternehmensbegriffes zu befinden. ³⁾

1) vgl. Freytag-Löringhoff S. 19

2) vgl. oben S. 41 ff

3) vgl. die Auffassung Husserls und Brechers oben S. 40 f.

Aber auch die Richtigkeit der Auffassung J. Gesslers wäre durch weitere Erwägungen noch zu beweisen. Damit steht fest, daß auch die abstrakten institutionellen Definitionsversuche des Begriffes "herrschendes Konzernunternehmen" sowie die sog. Mittelmeinungen zu keinem endgültigen Ergebnis führen. Wilhelms Verzicht auf eine allgemeine Definition ¹⁾ hat sich damit zunächst als der beste aller Vorschläge herausgestellt.

2. Von oben ²⁾ aufgeführten Vertretern der institutionellen Meinungsgruppe haben Havermann ³⁾, Rasch ⁴⁾, Rowedder-Haberlandt ⁵⁾, Baumbach-Hueck ⁶⁾, Obermüller-Werner-Winden ⁷⁾, Wilhelms ⁸⁾ und Miegel ⁹⁾ eine Definition des Unternehmens i.S. des § 15 AktG zu geben versucht. Die Erläuterungen von Müller-Rieker ¹⁰⁾ und Raisch ¹¹⁾ beziehen sich auf das Unternehmen i.S. der §§ 15 ff.

Somit haben diese Autoren, da der Unternehmensbegriff des § 15 AktG das abhängige Unternehmen mit-umfaßt, auch diesen Begriff mit-definiert. Die bei Betrachtung des herrschenden Konzernunternehmens vorgebrachten Gründe gegen die notwendige Richtigkeit dieser Definitionen gelten entsprechend auch hier. ¹²⁾ Die Lösung des Problems verlagert sich auf den Begriff des Gewerbebetriebs, und die Richtigkeit dieser Auffassung ist durch abstrakte Erwägungen nicht zu beweisen.

Nur wenige Autoren ¹³⁾ fordern, daß der Begriff des ab-

1) AG 65/247; ähnlich Winkhaus S. 22

2) unter 1a

3) Wp 66/32

4) S. 23 ff

5) in Möhring-Schwartz S. 284

6) § 15 Rdn. 3

7) S. 168

8) AG 65/247; ähnlich Winkhaus S. 22

9) S. 151

10) Wp 67/199 ff

11) JZ 66/554 f

12) vgl. S. 75 ff

13) Würdinger in Festgabe Kunze S. 178 ff; Koppensteiner ZHR 131/307 Fn 48; Luchterhandt ZHR 132/153; Biedenkopf-Koppensteiner in Kölner Kommentar § 15 Rdnr 18; Herrnring S. 97 ff.

hängigen Unternehmens anders definiert werden müsse als der des Unternehmens, welches eine beherrschende Stellung besitzt. Hierbei wird von Herrnring ¹⁾ unter Hinweis auf die Rechtssystematik ein einheitlicher Begriff des abhängigen Unternehmens für alle Aktienrechtsvorschriften vertreten, welche diesen Begriff verwenden. Demgegenüber verlangen Würdinger, Koppensteiner ²⁾ und Biedenkopf ³⁾ einen sich nach dem Zweck der verschiedenen Normen bzw. Normgruppen ausrichtenden, jeweils unterschiedlichen Begriff des abhängigen Unternehmens. Teils wird eine geschäftliche Tätigkeit vorausgesetzt ⁴⁾, teils auf eine gewerbliche Motivation überhaupt verzichtet ⁵⁾.

3. Es bleibt festzuhalten, daß die Begriffe des herrschenden und des abhängigen Konzernunternehmens nicht mit Hilfe anderer Begriffe derselben semantischen Stufe definiert werden können. Zu ihrer Definition sind vielmehr Begriffe einer - wirtschaftlichen - Metasprache heranzuziehen. Die abstrakten Begriffe "herrschendes" und "abhängiges Konzernunternehmen" sollen im folgenden auf induktivem Wege dadurch gefunden werden, daß allgemein-konkrete Unterbegriffe gebildet und daraufhin untersucht werden, ob sie den Platz des herrschenden oder abhängigen Konzernunternehmens in den gesetzlichen Regelungen des Konzernrechts ausfüllen können.

1) S. 100 S. 78

2) vgl. Note 13 und LHR 131/307 Note 48

3) vgl. Note 13 S. 78

4) so beim abh. U. gem. § 21 II, vgl. Biedenkopf-Koppensteiner aaO.

5) so beim abh. U. in §§ 56 I, II, 71 IV, 136 II, 165 IV; vgl. Biedenkopf-Koppensteiner aaO und Würdinger aaO.

Drittes Kapitel: Der Begriff des herrschenden Konzern-
unternehmens.
=====

Bei der folgenden Behandlung einzelner Fälle wird unter Beachtung der in § 11 vorgenommenen Interessenanalyse die Frage untersucht, welches Interesse eine Person oder Personengruppe verfolgen muß, um gegenüber einer abhängigen AG als herrschendes Konzernunternehmen bezeichnet zu werden. Aufgrund der bezeichneten Interessenanalyse kann man bereits hier von folgendem ausgehen:

Die aktienrechtlichen Vorschriften knüpfen die Qualifizierung als herrschendes Konzernunternehmen nicht an den Nachweis einer bestimmten Beeinträchtigung der Interessen der abhängigen AG, ihrer Aktionäre und Gläubiger. Somit müssen also diese negativen Wirkungen nicht verwirklicht sein, bevor man die Existenz eines Unterordnungskonzerns (aufgrund der Vermutungen des § 18 I 2 u. 3 AktG) bejaht. Dies bedeutet, daß der Begriff des herrschenden Unternehmens im Sinne der konzernrechtlichen Schutzvorschriften nur die Tatsachen voraussetzt, die im allgemeinen den Impuls zu den Gefährdungen der bezeichneten Interessen hervorrufen.

Ob das herrschende (Konzern-) Unternehmen darüber hinaus die grundsätzliche Fähigkeit zur Herbeiführung auch des gesamtwirtschaftlich nützlichen Effektes aufweisen muß, indem es selbständig am Wirtschaftsleben teilnimmt, soll näher untersucht werden. ¹⁾ Nimmt eine herrschende Person jedoch selbständig am Wirtschaftsleben teil, so bildet sie nach der einheitlichen Auffassung der Konzernrechtsliteratur ²⁾, der beigetreten wird, nicht nur dann einen

1) Vgl. unter § 16

2) Vgl. z.B. Wilhelmi § 17 Anm. 1.

Unterordnungskonzern i.S. des Aktiengesetzes, wenn die abhängige AG derselben oder einer ähnlichen Branche angehört, sondern auch wenn die Branchen völlig verschieden sind.

A. Der Großaktionär als herrschendes Konzernunternehmen.

Ein Aktionär ist dann GroßA, wenn der Umfang seiner Beteiligung ihn in die Lage versetzt, die Leitungsentscheidungen der zuständigen Organe der AG zu bestimmen.

Da hier jedoch der Begriff GroßA im konzernrechtlichen Zusammenhang interessiert, ist GroßA nicht nur der Eigentümer eines Aktienpaketes. GroßA im konzernrechtlichen Zusammenhang ist jeder, der kraft eigener oder fremder Beteiligung auf die AG beherrschend einwirken kann. Dazu zählen also auch der zur Stimmrechtsausübung ermächtigte ¹⁾ Legitimationszessionar von Inhaberaktien ²⁾, der Legitimationszessionar von Namensaktien ³⁾, der durch eine Stimmrechtsbindung Berechtigte ⁴⁾ sowie der Treuhänder ⁵⁾. Ob diese unmittelbar oder mittelbar herrschende Unternehmen sind oder nur herrschende Personen ohne Unternehmensqualifikation, wird sich im Laufe der Untersuchung ergeben.

Banken können mit Hilfe von Depotaktien eine AG beherrschen. Häufig wird die Anzahl der Depotaktien zur Be-

1) vgl. Würdinger S. 56 f

2) vgl. Würdinger aaO, Baumbach-Hueck § 68 Rdz. 19 ff.

3) vgl. Barz in Großkomm. AktG, § 68 Anm. 25

4) vgl. Biedenkopf-Koppensteiner in Kölner Komm. § 17 Rdz 15; Schmidt-Meyer-Landrut bei Gadow-Heinichen, § 15 Anm. 4

5) Biedenkopf-Koppensteiner aaO Rdn. 18

herrschaft allein nicht ausreichen. Die Bank kann jedoch ihre eigene Beteiligung an der AG mit Hilfe der Depotaktien aufstocken. Dabei bleibt zu bedenken, daß die Depotaktien wegen der Widerrufbarkeit der Vollmachten (§ 135 II 2 AktG) sowie der Möglichkeit der Erteilung von Weisungen (§ 135 I 2) entgegen dem Vorschlag der Bank eine gewisse Unsicherheit mit sich bringen. ¹⁾

§ 13 Der ein Gewerbe betreibende Großaktionär.

1. Oben ²⁾ wurde bereits angedeutet, daß die Einführung des Begriffes des Gewerbebetriebes in die Diskussion um das herrschende Konzernunternehmen eine Problemverlagerung, möglicherweise aber auch eine Erleichterung der Problemlösung darstellt.

Würdinger ³⁾ begreift einen Gewerbebetrieb als einen Betrieb, "mit dem sich eigenständige wirtschaftliche Interessen verbinden". Ihm folgen Müller-Rieker ⁴⁾ und J. Gessler ⁵⁾. Ähnlich hält Luchterhandt ⁶⁾ einen Gewerbebetrieb für gegeben bei privatem, eigeninteressiertem Gewinnstreben. Bachelin ⁷⁾ verlangt das Vorliegen der tatsächlichen Voraussetzungen der §§ 1 oder 2 HGB, betrachtet aber die Eintragung selbst als unwesentlich. Es sei von einem in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb auszugehen, weil dann bereits die notwendige Eigen-

1) vgl. Harms S. 256.

2) S. 76

3) S. 263

4) Wp 67/199

5) § 15 Anm. 3, J. Gessler spricht von "selbständigen wirtschaftlichen Interessen".

6) ZHR 132/156, 168

7) S. 9

ständigkeit und Dauerhaftigkeit der Sonderinteressen des Großaktionärs bestehe. Ähnlich verweisen Obermüller-Werner-Winden ¹⁾ auf § 2 HGB, ohne jedoch eine genauere Abgrenzung vorzunehmen. Auch Schäfer ²⁾ betont die Notwendigkeit eines wirtschaftlichen Geschäftsbetriebes als einer nach außen erkennbaren realen Organisation. Schließlich vertreten auch Schmaltz-Forster-Goerdeler-Havermann ³⁾ die Auffassung, daß die Begriffe des Handelsgewerbes i.S. des HGB und des Gewerbes i.S. der GewO nicht ausreichen, sondern auch sonstige Wirtschaftseinheiten zu berücksichtigen seien, "die in einem nach außen hervortretenden Rahmen eigenständigen Interessen kaufmännischer oder gewerblicher Art dienen". Die Auffassungen sind also von unterschiedlichem, wenn auch insoweit gleichlautendem Inhalt, als eigenständige wirtschaftliche Interessen ausdrücklich oder unausgesprochen vorausgesetzt werden.

Bevor eine Entscheidung über den Inhalt des in diesem Zusammenhang verwandten Begriffs des Gewerbebetriebes gefällt wird, ist zu untersuchen, wie die angeführten Autoren selbst den Begriff in diesem Zusammenhang verstehen. Da er bei Würdinger, Müller-Rieker und J. Gessler ⁴⁾ nicht näher erläutert ist, muß davon ausgegangen werden, daß sie einen bereits anderweitig verwandten und umrissenen Begriff "Gewerbebetrieb" zur Erläuterung des Begriffs des herrschenden Konzernunternehmens benutzen.

Die Begriffe "Gewerbe", "Gewerbebetrieb" und "gewerbliche Tätigkeit" werden in der Gewerbeordnung ⁵⁾, in steuerrechtlichen Gesetzen ⁶⁾ und im Handelsgesetzbuch ⁷⁾ gebraucht.

1) S. 168

2) NJW 67/1741

3) in Adler-Düring-Schmaltz, 4.A., Tz 11 vor §§ 311-313.

4) vgl. oben S. 82 Note 3-5

5) § 1 ff passim

6) § 2 GewStG; § 2 EinkStG; § 2 UStG

7) § 1 ff HGB

In der GewO wird unter Gewerbe eine selbständige, planmäßig und dauernd auf Gewinnerzielung gerichtete Tätigkeit verstanden. ¹⁾ Nicht unter den Gewerbebegriff fallen die Urproduktion, Kunst und Wissenschaft sowie die in § 6 GewO bezeichneten Tätigkeiten. ²⁾

Ähnlich definiert § 1 GewStDV (seit 1955) den Gewerbebetrieb als "eine selbständige, nachhaltige Betätigung, die mit Gewinnabsicht unternommen wird und sich als Beteiligung am allgemeinen wirtschaftlichen Verkehr darstellt". Vom Begriff des Gewerbebetriebs in diesem Sinn sind nach derselben Durchführungsbestimmung die Land- und Forstwirtschaft, die freien Berufe sowie andere Selbständige i.S. des Einkommensteuerrechts ³⁾ ausgeschlossen. Bemerkenswert ist, daß die Gewinnabsicht nicht Hauptzweck der Betätigung zu sein braucht. ⁴⁾ Sie muß aber in der Grundstruktur vorhanden sein, denn durch die Verfolgung des Kostendeckungsprinzips wird mangels Gewinnabsicht kein Gewerbebetrieb erzeugt. ⁵⁾ Diese Definition des Begriffs "Gewerbebetrieb" gilt nicht nur für den Bereich des Gewerbesteuergesetzes, sondern auch im Einkommensteuergesetz ⁶⁾.

Der im Körperschaftssteuergesetz ⁷⁾ verwandte Begriff des von einer Körperschaft des öffentlichen Rechts geführten "Betriebes gewerblicher Art" wird in § 1 I KStDV definiert als eine Einrichtung, "die einer nachhaltigen wirtschaftlichen Tätigkeit zur Erzielung von Einnahmen oder anderen wirtschaftlichen Vorteilen dient, ohne daß die Absicht der Gewinnerzielung vorzuliegen braucht.

Der Gewerbebetrieb i.S. des Handelsrechts erfordert wie

-
- 1) Kiskalt in Kuhlring-Kiskalt-Wolff, § 1 Anm. 1;
Fröhler in Landmann-Rohmer, Einleitung Rdn. 112 und
§ 1 Rdn. 3
2) Kiskalt aaO
3) Vgl. § 2 III Nr. 3 EinkStG
4) § 1 I 2 GewStDV
5) Mithling § 2 Anm. 3 d
6) vgl. Littmann § 15 Rdn. 1 ff
7) § 1 I Nr. 6 KStG

die übrigen Gewerbebetriebsbegriffe ebenfalls die Absicht des Gewerbetreibenden zur Erzielung eines Gewinns ¹⁾, die äußerlich erkennbar hervortreten muß und durch Geschäfte gleicher Art planmäßig verfolgt wird ²⁾. Die Tatsache, daß in den handelsgesetzlichen Vorschriften von einer Gewinnabsicht keine Rede ist, läßt das Reichsgericht ³⁾ zu dem Schluß kommen, daß "das Vorhandensein dieser Absicht den erwähnten Rechtsbegriffen mit Notwendigkeit innewohnt". Die freien Berufe und die Land- und Forstwirtschaft sind auch im Handelsrecht nicht in dem Begriff des Gewerbebetriebes eingeschlossen. ⁴⁾ Der Grund für die Ablehnung land- und forstwirtschaftlicher Unternehmen als Gewerbebetrieb wird im Schrifttum mit sozialen Anschauungen ⁵⁾ oder damit begründet, daß ein solcher Betrieb sich unter ganz anderen Formen und Bedingungen abspiele als der kaufmännische ⁶⁾. Würdinger ⁷⁾ zieht in Zweifel, daß überhaupt von einem land- und forstwirtschaftlichen Gewerbe gesprochen werden könne, weil bei Land- und Forstwirten ein Streben nach möglichst hohem Gewinn nicht so selbstverständlich angenommen werden könne wie beim Kaufmann.

Gemeinsames Merkmal der aufgeführten Gewerbebetriebsbegriffe ist die Gewinnabsicht des Gewerbetreibenden. Fehlt sie, so spricht das Gesetz vom "Betrieb gewerblicher Art". ⁸⁾

- 1) RGZ 38/20, 66/51, 74/150, 116/228, 138/16; BGHZ 36/276; RGRK-Würdinger § 1 Anm. 6; Düringer-Hachenburg-Geiler § 1 Anm. 4; Schlegelberger-Hildebrandt § 1 Rdn. 25; Brüggemann in Großkomm. HGB § 1 Anm. 6; Wieland S. 145 ff; Capelle S. 8; Hämmerle S. 64; einschränkend Baumbach-Duden § 1 Anm. 1B; ablehnend Raisch S. 186 ff.
- 2) Einheitliche Auffassung in Literatur und Rspr., vgl. z.B. RGZ 38/20, seither st. Rspr.; RGRK-Würdinger § 1 Anm. 5, 7; Brüggemann in Großkomm. HGB § 1 Anm. 5, 11; Ehrenberg in Ehrenbergs Handbuch Bd. 2, S. 22.
- 3) RGZ 138/16
- 4) Für Land- und Forstwirtschaft vgl. § 3 I HGB; daß die freien Berufe von handelsrechtlichen Vorschriften grundsätzlich ausgenommen sind, ist allgemeine Auffassung, vgl. etwa Baumbach-Duden § 1 Anm. 1C, differenzierend jedoch Raisch S. 211 ff.
- 5) Capelle S. 8
- 6) Schlegelberger-Hildebrandt § 3 Anm. 1; Düringer-Hachenburg-Geiler § 3 Anm. 2
- 7) In RGRK - HGB § 3 Anm. 1
- 8) vgl. § 1 I Nr. 6 KStG und § 1 I KStDV

Da mangels einer besonderen Definition des im konzernrechtlichen Zusammenhang gebrauchten Begriffs des Gewerbebetriebes von den bekannten Definitionen auszugehen ist, wird also von Würdinger und anderen ¹⁾ der Großaktionär offenbar dann als herrschendes Konzernunternehmen betrachtet, wenn er mit der Absicht der Gewinnerzielung auf Dauer am Wirtschaftsverkehr teilnimmt. Unter diesen Voraussetzungen wird von ihnen demnach die Gefahr einer konzernmäßigen Interessenskollision bejaht. In dieses Bild passen auch die Auffassungen von Bachelin und Obermüller-Werner-Winden ²⁾. Auch Müller-Rieker bestimmen die Gewinnerzielungsabsicht als das entscheidende Kriterium des wirtschaftlichen Geschäftsbetriebes. ³⁾ Anders dagegen sprechen Schmaltz-Forster-Goerdeler-Havermann ⁴⁾ von eigenständigen Interessen kaufmännischer oder gewerblicher Art. Mit dieser Auslegung soll wohl auf das Erfordernis der Gewinnabsicht verzichtet werden. Es ist auch möglich, daß damit die Grenze der Begriffe "Gewerbe" i.S. der Gewerbeordnung und "Gewerbebetrieb" i.S. des HGB insofern überschritten werden sollte, als auch land- und forstwirtschaftliche Unternehmen die Qualifizierung zum herrschenden Konzernunternehmen mitbringen sollen. Das von Schäfer ⁵⁾ herausgestellte Merkmal eines wirtschaftlichen Geschäftsbetriebes ist zu farblos, da es nicht erkennen läßt, welche Interessen der GroßA mit seinem Gewerbebetrieb verfolgen soll oder muß, um als herrschendes Konzernunternehmen betrachtet werden zu können.

2. Die Auffassung, daß der GroßA immer dann herrschendes Konzernunternehmen ist, wenn er am wirtschaftlichen - nicht notwendigerweise allgemeinen wirtschaftlichen -
-

1) vgl. oben S. 82 Note 3-5

2) vgl. oben S. 82 Note 7, S. 83 Note 1

3) Wp 67/202

4) vgl. oben S. 83 Note 3

5) vgl. oben S. 83 Note 2

Verkehr teilnimmt und durch seine Tätigkeit einen Gewinn erstrebt, ist insofern zutreffend, als jeder GroßA, der diese Voraussetzungen erfüllt, eine konzernmäßige Interessenkollision in der abh. AG bewirken kann. Zwar ist in § 311 AktG nicht ausdrücklich erklärt, das herrschende Unternehmen müsse die Erzielung eines eigenen Gewinnes beabsichtigen. Es ist jedoch einleuchtend, daß eine selbständig am Wirtschaftsleben teilnehmende Person ihre Gewinnabsicht nicht etwa nur durch die übliche marktgerichtete Tätigkeit verfolgt und bei der Einflußnahme auf eine von ihr abh. AG auf die Erzielung eines Gewinnes verzichtet. Eine in der Absicht der Gewinnerzielung am Wirtschaftsleben teilnehmende Person oder Personengruppe strebt vielmehr danach, daß auch im Falle der Einflußnahme auf eine abh. AG den dieser AG erwachsenen Nachteilen entsprechende gewinnbringende Vorteile des h. Us oder eines mit diesem verbundenen Unternehmens gegenüberstehen. Die Gewinnabsicht ist nicht nur Motiv für die selbständige Teilnahme am Wirtschaftsleben, sondern zugleich Antriebskraft für die Einflußnahme auf die abh. AG. Mit dieser Erwägung korrespondiert auch die Auffassung von der analogen Anwendung des § 308 I 2 zweiter Halbsatz ("wenn...") auf § 311 I. Hiermit stimmt auch das in der vorausgegangenen Interessenanalyse ¹⁾ festgestellte Ergebnis überein, daß der Konzern regelmäßig einen wirtschaftlich nützlichen Effekt durch die Möglichkeit der Verbesserung der Güterversorgung und der Erhöhung des Sozialproduktes bewirkt. Die Möglichkeit zur Erzielung dieses nützlichen Effektes ist gegeben, wenn eine mit der Absicht der Gewinnerzielung am Wirtschaftsleben selbständig teilnehmende Person mit der sich ebenfalls gewerblich betätigenden AG eine wirtschaftliche Einheit bilden will und dies durch entsprechende Veranlassungen verwirklicht.

Dies bedeutet jedoch (noch) nicht, daß ausschließlich die Absicht der Gewinnerzielung unternehmensqualifizierendes Merkmal i.S. der Konzernrechtsvorschriften sei. Ob anderen Voraussetzungen dieselbe Wirkung beizumessen ist,

1) vgl. oben S. 36 f, 67 ff.

wird in den folgenden Fällen untersucht. Eines bleibt jedoch festzuhalten: jeder ist h.U. und bis zur Widerlegung der Vermutung des § 18 I 3 AktG herrschendes Konzernunternehmen, der eine selbständige gewinnorientierte Tätigkeit betreibt.

Demzufolge ist der GroßA herrschendes Konzernunternehmen, wenn er ein Handelsgewerbe betreibt oder die Voraussetzungen des § 2 HGB erfüllt, auch wenn er nicht im Handelsregister eingetragen ist. ¹⁾

Das Handelsrecht schließt den Minderkaufmann von einigen Einrichtungen des Handelsrechts aus, weil sein Gewerbebetrieb nach Art oder Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb nicht erfordert. Dies könnte zu dem Schluß verleiten, daß auch im Konzernrecht dem Minderkaufmann keine Unternehmensqualität zugesprochen werden könne. ²⁾ Das Erfordernis eines kaufmännischen Geschäftsbetriebes ist jedoch für das Konzernrecht nicht aufrecht zu erhalten, weil es auf den handelsgesetzlichen Zweck der vollkaufmännischen Einrichtungen von Firma, Buchführung und Prokura - den Schutz der Öffentlichkeit ³⁾, des Rechtsverkehrs - nicht ankommt. Der Minderkaufmann als herrschender GroßA kann vielmehr sowohl eine konzernmäßige Interessenkollision herbeiführen als auch den gesamtwirtschaftlich nützlichen Effekt, den eine Konzernbildung mit sich bringt. Eine Gewinnabsicht wird auch vom Minderkaufmann verfolgt, so daß die theoretische Möglichkeit eines Einflusses auf eine abh. AG besteht. ⁴⁾ Im übrigen sagt das mangelnde Erfordernis eines kaufmännischen Geschäftsbetriebes nichts über die Höhe des Umsatzes des Minderkaufmannes aus. Tatsächlich können Unternehmen mit großem Umsatz unter § 4 HGB fallen ⁵⁾, so daß damit

1) insoweit übereinstimmend mit Bachelin S. 9

2) so Bachelin aaO

3) vgl. Brüggemann in Großkommentar HGB § 4 Anm. 6

4) Ebenfalls bejahend Müller-Rieker Wp 67/202

5) Baumbach-Duden § 4 Anm. 1 B

auch die praktische Wahrscheinlichkeit eines beherrschenden Einflusses, einer einheitlichen Leitung gegeben ist.

Die theoretische Möglichkeit einer einheitlichen Leitung besteht auch bei denjenigen handelsbewerblichen Tätigkeiten, die infolge mangelnder Notwendigkeit kaufmännischer Einrichtungen ganz außerhalb des Handelsrechts stehen.¹⁾ Auch diese Personen betreiben ein Gewerbe, üben also ihre Tätigkeit in der Absicht der Gewinnerzielung aus. Infolge seiner geringen Geschäftstätigkeit wird der ein solches Gewerbe betreibende GroÙa jedoch zumeist eine einheitliche Leitung mit der AG nicht herbeiführen und die Vermutung des § 18 I 3 AktG widerlegen können. Er bleibt dann jedoch h.U. (§ 17 AktG). Dasselbe gilt für Gewerbetreibende nach § 2 HGB, welche die Voraussetzung eines kaufmännischen Geschäftsbetriebes nicht erfüllen. Zu ihnen zählt auch²⁾ die einen wirtschaftlichen Gewerbebetrieb nicht erfordernde Tätigkeit des Zivilmaklers, sofern er nicht nur Gelegenheitsmakler ist.³⁾

Die Eigentümer von Betrieben der Land- und Forstwirtschaft betreiben ebenfalls ein Gewerbe im hier verstandenen Sinn⁴⁾, auch wenn sie in den oben betrachteten Gesetzen nicht zu den Gewerbetreibenden gerechnet werden. Daß aufgrund historisch gewachsener sozialer Anschauungen diese Betriebe als nichtgewerbliche betrachtet werden, ist hier ohne Belang, weil allein die theoretische Möglichkeit einer konzernmäßigen Interessenkollision über die Unternehmensqualität des eine Land- oder Forstwirtschaft betreibenden GroÙa entscheidet. Diese ist aber gegeben, denn auch ein Land- oder Forstwirt übt seine Tätigkeit in der Absicht der Gewinnerzielung aus, wenn ihn auch

1) § 1 II Nr. 2, 5 und 9 HGB; vgl. auch Biedenkopf-Koppensteiner in Kölner Kommentar § 15 Rdn. 14.

2) vgl. Soergel-Mormann, Rdn. 2 vor § 652

3) auch Müller-Meier Wp 67/203 bejaht die Unternehmensqualität des Grundstücksmaklers.

4) Ebenso Müller-Meier Wp 67/200, 202 f; Herrnring S. 54 ff für Großbetriebe; a.A. Fasold NB 67/Heft 4 S. 28.

etwa die Tatsache, daß der von ihm bewirtschaftete Boden nicht verbrauchbar und erneuerungsbedürftig ist, möglicherweise dazu veranlaßt, auf eine exakte Ertragsrechnung und Risikokalkulation zu verzichten. Insofern mag die Gewinnabsicht des Land- oder Forstwirtes nicht so klar erkennbar sein wie die des Kaufmannes. ¹⁾ Sie ist jedoch latent vorhanden, auch wenn sie nicht Hauptzweck seines Handelns ist, und sie wird mit zunehmender Technisierung und Rationalisierung insbesondere der Landwirtschaft immer mehr hervortreten. Der Land- und Forstwirt ist als GroBä also h.U i.S. des § 17 AktG gegenüber der AG, an der er beteiligt ist. Die faktische Möglichkeit einer einheitlichen Leitung wird ihm jedoch ebenfalls nur dann gegeben sein, wenn sein land- oder forstwirtschaftlicher Betrieb einen größeren Umfang besitzt. ²⁾

Bei all diesem mit der Absicht der Gewinnerzielung betriebenen Tätigkeiten ist es unerheblich, ob der Gewinn zu wirtschaftlichen oder gemeinnützigen Zwecken verwandt wird. Entscheidend ist die Gewinnausrichtung. Deshalb könnte man die Unternehmensqualität eines Großaktionärs i.S. der §§ 17, 18 AktG dann verneinen, wenn er einen Betrieb gewerblicher Art - etwa ein unter § 2 HGB fallendes Bauunternehmen - aus gemeinnützigen Gründen nicht in Gewinnabsicht, sondern nach dem Kostendeckungsprinzip betreibt oder es sogar ständig aus seinem nichtgeschäftlichen Privatvermögen bezuschußt. Die Frage, ob auch diese Tätigkeit die Unternehmensqualität zu vermitteln vermag, soll bei der Behandlung der öffentlich-rechtlichen Gebietskörperschaften untersucht werden, da gemeinnützige Unternehmen regelmäßig von der öffentlichen Hand und nur

1) vgl. Würdinger, oben S. 85 mit Note 7

2) so z.B. wenn ein GroBä, der einen landwirtschaftlichen Großbetrieb besitzt, Futtermittel für eine in der Rechtsform der AG betriebene Großmästerei anbaut. Er ist in der Lage, zum Schaden der AG den Marktpreis zu überschreiten. Ebenso, wenn ein GroBä an einer Kellerei-AG beteiligt ist und Wein aus seinem Weinanbaubetrieb an diese verkauft.

in ganz seltenen Fällen von Privatunternehmern betrieben werden.

Die Frage, ob ein Groß herrschendes Konzernunternehmen gegenüber "seiner" AG sein kann, wenn er einen freien Beruf ausübt, soll gesondert behandelt werden.

Nachdem der Inhalt des hier gebrauchten Begriffs "Gewerbebetrieb" vorläufig umrissen ist, gilt es nun, den Begriffsumfang festzustellen:

All die bezeichneten gewerbebetrieblichen Betätigungen können von natürlichen Personen ausgeübt werden. Somit kann also eine natürliche Person als Groß herrschendes Konzernunternehmen sein, wenn sie ein Gewerbe in dem hier verstandenen Sinn betreibt. Ebenso wird den Handelsgesellschaften Konzernunternehmensqualität beigemessen.¹⁾ Dies kann bislang insoweit bejaht werden, als sie eine der dargestellten Tätigkeiten betreiben. In diesen Fällen sind sie als GroßAe h.Uen und kraft der Vermutung des § 18 I 3 AktG auch herrschendes Konzernunternehmen gegenüber der AG, an der sie beteiligt sind. Die stille Gesellschaft kann als Gesellschaft nicht herrschendes Konzernunternehmen sein; da sie bloße Innengesellschaft (bürgerlichen Rechts) ist, tritt nach außen nur der Inhaber (als Kaufmann) im eigenen Namen auf. Auch nur er ist GroßA, wenn ein Aktienpaket zum Betriebsvermögen des Handelsgeschäftes gehört. Demgemäß kann auch nur er als herrschendes Konzernunternehmen hervortreten. Ein Unternehmen (Gewerbebetrieb) kann auch als privatrechtliche Stiftung organisiert werden²⁾, wobei die Stiftung selbst das Gewerbe im dargestellten Sinn betreiben muß. Es genügt hierzu nicht³⁾, daß die Stiftung die Anteile einer zwischengeschalteten Kapitalgesellschaft besitzt, die ihrerseits die unmittelbaren unternehmerischen Funktionen wahrnimmt.⁴⁾

1) Bachelin S. 9 f; Werner NB 67/Heft 4 S. 2; J. Gessler § 15 Anm. 2 spricht bei Handelsgesellschaften nur von einem Indiz für ein Unternehmen.

2) vgl. darüber Strickrodt, Stiftung S. 10 f; ders. Stiftungsunternehmen S. 15.

3) Ebenso Luchterhandt ZHR 132/163 f;

4) vgl. hierzu Goerdeler in Festgabe Kunze S. 213.

Ist die Stiftung also selbst der Unternehmer, so kann sie herrschendes Konzernunternehmen sein.¹⁾

Ob und unter welchen Umständen eine Genossenschaft, eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts, andere Gemeinschaften und juristische Personen öffentlichen Rechts herrschende Konzernunternehmen sein können, wird gesondert untersucht.

§ 14 Die juristischen Personen und rechtlich selbständigen Sondervermögen des öffentlichen Rechts.

Da eine wirtschaftliche Betätigung juristischer Personen des öffentlichen Rechts häufig bei Gebietskörperschaften anzutreffen ist, sollen diese beispielhaft auf ihre konzernrechtliche Unternehmensqualität hin untersucht werden.

1. Die konzernrechtliche Literatur nimmt zu dieser Frage eine unterschiedliche Haltung ein. Teils wird die Frage nur aufgeworfen²⁾, teils eine Lösungsmöglichkeit gesucht.

Zeiß³⁾ erkennt eine Gebietskörperschaft, die Großaktionärin ist, und die Aktien im Hoheitsvermögen führt, nicht als herrschendes Konzernunternehmen an. Dieselbe ablehnende Position beziehen Kropff⁴⁾ und Möhring⁵⁾ gegen-

1) ebenso Bachelin S. 10; Rasch S. 39; Goerdeler aaO S. 217; Möhring-Tank in Handbuch Tz 705.

2) Bernhardt BB 66/679

3) S. 19

4) BB 65/1285

5) NJW 69/1473; auch Möhring-Tank in Handbuch Tz 705a.

über Gebietskörperschaften. Auch Brauksiepe ¹⁾, der das Verhältnis der Gemeinde zur Eigengesellschaft untersucht, lehnt die Konzernunternehmenseigenschaft der Gemeinde ab, weil die Einflußnahme der Gemeinde auf eine Eigengesellschaft in Erfüllung öffentlich-rechtlicher, auch in den Gemeindeordnungen niedergelegter Verpflichtungen geschehe. Flume ²⁾ anerkennt die juristischen Personen des öffentlichen Rechts, insbesondere die Gebietskörperschaften, ebenfalls nicht als herrschendes Konzernunternehmen, hält jedoch eine nähere Regelung ihrer beherrschenden Position für notwendig. Desgleichen betrachtet die Studienkommission des DJT ³⁾ die öffentliche Hand nicht als herrschendes Konzernunternehmen, sondern fordert, daß sie wie ein herrschender Nichtunternehmer-Aktionär behandelt werden müsse. Schmaltz-Forster-Goerdeler-Havermann ⁴⁾ verneinen die Unternehmensqualität der Gebietskörperschaften, weil sie "in aller Regel" keine kaufmännischen oder gewerblichen Ziele verfolgten. Öffentliche Anstalten wie Girozentralen oder Bausparkassen seien dagegen Unternehmen im Sinn des § 15 AktG. Auch Müller-Rieker ⁵⁾ heben hervor, daß Gebietskörperschaften des öffentlichen Rechts und andere öffentlich-rechtliche Körperschaften oder Anstalten hinsichtlich der von ihnen gehaltenen Beteiligungen an AGen in aller Regel nicht als Unternehmen zu betrachten seien, da sie sich hinsichtlich ihrer Beteiligungsverwaltung nicht eines wirtschaftlich eingerichteten und ausgeübten Geschäftsbetriebes bedienen. Ebenso lehnt Luchterhandt die Konzernunternehmensqualität der jur. Personen des öff. Rechts grundsätzlich ab, obwohl sie nicht selten unternehmerisch tätig geworden seien. ⁶⁾ Allerdings be-

1) BB 66/872

2) S. 45

3) DJT-Konzernrecht Tz. 803 f

4) in Adler-Düring-Schmaltz, 4.A., Tz 12 vor §§ 311-313

5) Wp 67/202

6) ZHR 132/165 f

jaht er sie bei einer jur. Pers. öff. Rechts, die mehrere erhebliche Beteiligungen besitzt, wenn die einheitliche Leitung durch sie die Ausmaße eines Unternehmens erreiche, ohne daß die jur. Pers. öff. Rechts eine Dachgesellschaft mit der einheitlichen Leitung betraue. ¹⁾

Würdinger sieht die öffentlichen Gebietskörperschaften dann nicht als Unternehmen an, wenn sie ihre Aktienrechte im Rahmen der allgemeinen Verwaltung wahrnehmen, auch wenn sie auf die Versorgungs- und Verkehrsgesellschaften Einfluß nähmen. ²⁾ Auch als Groß- oder AlleinAe verschiedener Gesellschaften übten sie keine einheitliche Leitung aus. ³⁾ Nach der Auffassung von Baumbach-Hueck ⁴⁾ fehlt eine unternehmerische Einflußnahme und damit die Unternehmensqualität der öff.-rechtlichen Gebietskörperschaften "in vielen Fällen". Leo ⁵⁾ ist der Meinung, die jur. Pers. des öff. Rechts, insbesondere die Gebietskörperschaften, seien keine Unternehmen ⁶⁾, wenn sie keinen Gewerbebetrieb führten und sich auf die "Verwaltung" ihrer Aktien beschränkten, selbst wenn sie einen konzentrierten Einfluß auf die AG ausübten. Huber ⁷⁾ schließt die Konzernunternehmensqualität des Staates nicht aus, bejaht sie andererseits aber auch nicht. Rasch vertrat in der Voraufgabe seines Konzernrechts ⁸⁾ die Auffassung, die jur. Pers. des öff. Rechts sollten als herrschende Konzernunternehmen behandelt werden, wenn sie sich unternehmerisch betätigten. In der Neuauflage ⁹⁾ bezeichnet er die Ablehnung der Konzernunternehmensqualität des Bundes vielfach als richtig. Bezüglich der Konzernunternehmens-

1) aaO S. 173

2) S. 263; ders. in Großkomm. AktG, §§ 15-19 Vorb. II 4.

3) S. 276

4) § 15 Rdn. 5

5) AG 65/353

6) Leo äußert sich nur zur Unternehmensqualität der jur. Pers. öff. Recht im Rahmen des § 20 AktG.

7) ZHR 133/291

8) 3.A., S. 25

9) 4.A., S. 38

qualität der Gemeinden schließt er sich der Auffassung Brauksiepes ¹⁾ an. Ähnlich wie Rasch in der Voraufgabe betonen Schäfer ²⁾ und Wassmuth ³⁾, daß eine Stadt, Gemeinde, Anstalt und Stiftung nur dann Unternehmen seien, wenn und soweit sie eine selbständige wirtschaftliche Tätigkeit entfalteten. Raisch ⁴⁾ geht davon aus, daß öffentlich-rechtliche Gebietskörperschaften nicht vorwiegend unternehmerisch tätig seien und deshalb auch nicht - wie bei AG und GmbH - die Vermutung bestehen könne, daß sie unternehmerisch handelten. Es müsse deshalb bei ihnen auf ein unternehmerisches Handeln im Einzelfall abgestellt werden. Bachelin ⁵⁾ betont, daß eine öffentliche Körperschaft Unternehmen sein könne, da sie gegenüber der AG die Sonderinteressen dritter Betriebe (Eigenbetriebe) verfolgen könne. Nach der Auffassung Zöllners ⁶⁾ sollen gemischtwirtschaftliche AGen in den Genuß des Schutzes des Konzernrechts gelangen. Kellmann ⁷⁾ wendet sich ebenfalls gegen die Ablehnung der Unternehmensqualität der Gebietskörperschaften öff. Rechts. Auch Biedenkopf-Koppensteiner ⁸⁾ heben hervor, daß die dem Fiskus aufgegebenen Verfolgung öffentlicher Interessen typischerweise mit den Gewinnmaximierungsinteressen außenstehender Aktionäre kollidiere.

Es wird in der Literatur also ein ganzes Spektrum von Meinungen vertreten, das von unbedingter Ablehnung bis zur Bejahung der Qualifizierung öffentlich-rechtlicher Gebietskörperschaften als herrschende Konzernunternehmen reicht. Dabei zeigt sich, daß bei der ablehnenden Haltung eines Teiles der Literatur bezüglich der Gemeinden auf die besonderen öffentlich-rechtlichen Pflichten aufgrund

1) vgl. Note 8 auf S. 94

2) BB 66/231

3) Der Städtetag 67/46

4) JZ 66/555

5) S. 12

6) BB 69/371

7) BB 69/1511

8) in Kölner Kommentar § 15 Rdn. 15.

der Gemeindeordnungen als entscheidendes Argument abgestellt wird. Da dieses Argument für die Beurteilung der Frage, ob Bund und Länder die Qualifikation zum herrschenden Konzernunternehmen erreichen können, keine so große Bedeutung gewinnt, sollen in der folgenden Untersuchung die kommunalen und die staatlichen Gebietskörperschaften getrennt behandelt werden.

2. a) In den Gemeindeordnungen ¹⁾ werden wirtschaftliche Unternehmen von nicht-wirtschaftlichen Unternehmen abgegrenzt. Nichtwirtschaftliche Unternehmen sind Unternehmen, zu deren Einrichtung die Gemeinde gesetzlich verpflichtet ist, sowie kulturelle, Fürsorge-, Gesundheits- und Sporteinrichtungen. ²⁾ Die Gemeinden dürfen infolge der grundsätzlichen Unbeschränktheit ihres Wirkungsbereiches neben ihren Aufgaben auf dem Gebiet der öffentlichen Verwaltung - zu denen auch die Unterhaltung nichtwirtschaftlicher Unternehmen zählt - rein wirtschaftliche Aufgaben übernehmen und solche Unternehmen betreiben, die auch von einem Privatunternehmer mit der Absicht der Gewinnerzielung betrieben werden können. ³⁾ Hierzu stellen die Gemeindeordnungen ⁴⁾ jedoch strenge Voraussetzungen auf, um ein Übergreifen der wirtschaftlichen Betätigung der Gemeinden auf solche Gebiete zu verhindern, die bisher ausschließlich den privaten Unternehmern vorbehalten waren. Danach muß der öffentliche Zweck das Unternehmen rechtfertigen, und es muß nach Art und Umfang in einem angemessenen Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Gemeinde und dem voraussichtlichen Bedarf stehen. Schließlich darf die Gemeinde das Unternehmen dann

-
- 1) nach dem Stand der dritten Auflage von Loschelders Sammlung der Gemeindeordnungen (bzw. Verfassungen und übrigen Verwaltungsgesetze der Stadtstaaten), soweit die einschlägigen Bestimmungen dort zitiert sind.
2) B-W: § 85 GemO, Hessen: § 98 II GemO, Niedersachsen: § 89 III GemO, NRW: § 69 II GemO, Rhld.-Pf.: § 80 II GemO, Saarland: § 83 II GemO, Schleswig-H.: § 82 II GemO.
3) Vgl. die Zusammenfassung im Ministerialblatt des Reichs- und Preußischen Ministeriums des Innern 1939/S. 633 in der Ausf.-Anw. zu § 1 der EigBetrVO vom 22. März 1939.
4) B-W: § 85 I GemO, Bayern: Art. 75 I GemO, Hessen: § 98 I GemO, Nieders.: § 69 I GemO, Rhld.-Pf.: § 80 I GemO, Saarland § 83 I GemO, Schl.-H.: § 82 I GemO.

nicht (weiter) betreiben, wenn der Zweck besser und wirtschaftlicher durch einen anderen erfüllt wird oder erfüllt werden kann. Versorgungs- und Verkehrsunternehmen bieten regelmäßig die Voraussetzungen für eine kommunale wirtschaftliche Betätigung.

Die Gemeindeordnungen bestimmen darüber hinaus, daß die kommunalen wirtschaftlichen Unternehmen einen Überschuß für den Gemeindehaushalt abwerfen sollen, soweit es die Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben erlaubt. ¹⁾ Die Unternehmen sollen sich nicht nur selbst tragen, d. h. die Aufwendungskosten und notwendige Rücklagen erwirtschaften, sondern eine marktübliche Verzinsung des Eigenkapitals erbringen. ²⁾ Leistungen des Unternehmens an die Gemeinde, an andere kommunale Unternehmen und deren Leistungen an das Unternehmen müssen angemessen vergütet werden. ³⁾

- b) Von diesen gesetzlichen Regelungen ausgehend ist zu untersuchen, ob eine Gemeinde als GroBA gegenüber der AG, an der sie beteiligt ist, kraft eines "wirtschaftlichen Unternehmens", das sie betreibt, herrschendes Konzernunternehmen ist.

Zunächst bedarf es einer Abgrenzung des "wirtschaftlichen Unternehmens" von der sonstigen Tätigkeit der Gemeinde. Hierbei ist einerseits festzustellen, daß der in den Gemeindeordnungen verwandte Begriff der Gemeindewirtschaft ⁴⁾ für die beabsichtigte Abgrenzung offenbar zu weit gefaßt ist, da er z. B. auch das Haushalts- und Kassenwesen mitumschließt. Andererseits ist zu berücksichtigen, daß eine

1) B-W: § 85 II GemO, Bayern: Art. 79 I GemO, Bremerhaven: § 60 I Verf. der Stadt Bremerh., Hessen: § 103 I GemO, Nieders.: § 95 I GemO, NRW: § 76 I GemO, Rhld-Pf: § 85 I GemO, Saarland: § 88 I GemO.

2) Bayern: Art. 79 II 1 GemO, Bremerhaven: § 60 II Verf., Hessen: § 103 II GemO, Nieders.: § 95 II GemO, NRW: § 76 GemO, Rhld-Pf: § 85 II GemO, Saarland: § 88 II GemO, Schl-H: § 88 I GemO.

3) Bayern: Art. 79 II 2 GemO, Bremerhaven: § 60 III Verf., Nieders.: § 95 II GemO, Rhld-Pf: § 85 II GemO, Saarland: § 88 II GemO, Schl-H: § 88 II GemO.

4) Vgl. z.B. Gemeindeordnung Rhld-Pf: IV. Teil.

Gemeinde öffentliche Aufgaben in privaten Rechtsformen erfüllen kann, so daß der Begriff der materiellen Verwaltung zur Abgrenzung ebenfalls untauglich ist. Deshalb muß zunächst das verschiedenen Zwecken dienende und sich in verschiedenen Normen vollziehende Handeln der Gemeinden grundlegend skizziert werden. Die Gemeinden handeln hoheitlich, indem sie öffentlich-rechtliche Rechtsverhältnisse begründen, ändern oder aufheben, und zwar mit obrigkeitlichen oder nichtobrigkeitlichen Mitteln (Leistungsverwaltung). Sie handeln fiskalisch bei der Unterhaltung und Verwertung des Verwaltungsvermögens, als Eigentümer des Finanzvermögens und bei erwerbswirtschaftlicher Betätigung, d.h. wenn sie wie ein Privater ein Unternehmen in Gewinnerzielungsabsicht betreiben.¹⁾ Bestimmte Aufgaben aus dem Bereich der Leistungsverwaltung (materielle Leistungsverwaltung) können jedoch anstatt mit nichtobrigkeitlich-hoheitlichen Mitteln (formelle Leistungsverwaltung) auch auf privatrechtlichem Wege erfüllt werden.²⁾ Dabei handelt eine Gemeinde häufig nicht in der Absicht, einen Gewinn zu erzielen, sondern begnügt sich aus gemeinnützigen Motiven mit der Deckung der durch ihre Leistungen verursachten Aufwendungen oder nimmt sogar einen in jedem Rechnungs- oder Haushaltsjahr wiederkehrenden Verlust gleichbleibender oder unterschiedlicher Höhe hin.

Aufgrund dieser Übersicht gemeindlicher Tätigkeiten ist bereits jetzt festzustellen, daß eine obrigkeitliche Verwaltungstätigkeit eine Gemeinde als Großaktionärin nicht zur Herbeiführung einer konzernmäßigen Interessenkollision befähigt. Dasselbe gilt für den Fall fiskalischer Tätigkeit, soweit die Gemeinde ihr Vermögen nur verwaltet - von Beteiligungsverwaltung abgesehen. Diese fiskalische Vermögensverwaltung der öffentlichen Hand ist ebenso zu beurteilen wie die Vermögensverwaltung der privaten Hand.³⁾

1) Schlochauer S. 155

2) Schlochauer S. 178 spricht von der "wirtschaftlichen Betreuung" der Gemeindewohner.

3) Über Beteiligungsverwaltung weiter unten §§ 15, 23, 25.

Da einer Gemeinde "rein erwerbswirtschaftliche Betätigungen" ¹⁾ nicht gestattet sind, sie also ein wirtschaftliches Unternehmen nur in Verfolgung eines öffentlichen Zwecks betreiben darf, bleibt zu untersuchen, ob eine Gemeinde deshalb herrschendes Konzernunternehmen sein kann, weil sie in Erfüllung von Aufgaben der Leistungsverwaltung privatrechtlich oder hoheitlich tätig wird oder in Verfolgung eines öffentlichen Zwecks ein w.U. betreibt. Zunächst ist zu fragen, was ein w.U. i.S. der Gemeindeordnungen ist, welche Betätigungen der Gemeinden unter diesen Begriff fallen und ob er etwa auch gemeindliche Betätigungen im Rahmen der Leistungsverwaltung einbegreift.

Der Bayrische Verfassungsgerichtshof hat im Rahmen der Untersuchung des § 75 I Nr. 1 und 2 sowie II Bay.GemO auf dessen Übereinstimmung mit Artikel 11 II 2 und Art. 83 I Bay. Verf. auch den Begriff des w.U. umrissen. ²⁾ Unter diesen Begriff seien nur solche Unternehmen zu subsumieren, "deren Zweck in erster Linie darauf gerichtet ist, an dem vom Wettbewerb beherrschten Wirtschaftsleben teilzunehmen und dabei Gewinn zu erzielen" ³⁾. Gemeindliche Versorgungs- und Verkehrsunternehmen seien deshalb keine w.Uen, weil sie der Befriedigung notwendiger Bedürfnisse der Bevölkerung dienten, in unlösbarem Zusammenhang mit der Erfüllung öffentlicher Aufgaben (Gesundheitspflege, öffentliche Sicherheit und Ordnung, örtliche Planung) stünden, somit also nach wesentlich politischen Grundsätzen geleitet würden und ihre Führung nicht nach bloßen Erwerbschancen orientiert sein dürfe. ⁴⁾ Diese Entscheidung hat sowohl Ablehnung hervorgerufen als auch Anhänger gefunden. ⁵⁾

1) so Forsthoff S. 532

2) Entscheidung vom 23.12.1957, DÖV 1958/216 ff.

3) DÖV 58/218

4) DÖV 58/217

5) vgl. die Zusammenfassung bei Stern-Püttner S. 56 mit Noten 19 und 20.

So wies Luchterhandt ¹⁾ darauf hin, daß das Betreiben von Daseinsvorsorgebetrieben durch die öffentliche Hand funktionell Verwaltungshandeln sei. Diese Tätigkeit sei unter anderem deshalb keine unternehmerische, weil diese Betriebe einem Kontrahierungszwang unterlägen und darüber hinaus die von der Körperschaft zur Verwaltung der Vorsorgebetriebe bestellten Beamten weisungsgebunden seien.

Zunächst ist der Auffassung des Bay.VerfGH entgegen zu halten, daß das Merkmal der Befriedigung lebenswichtiger Bedürfnisse keine Abgrenzung zwischen Wirtschaft und Verwaltung gestattet. Nicht nur die Gemeinden (und übrigen jur. Personen öff. Rechts) befriedigen durch ihre Betätigung im Rahmen der Verwaltung lebenswichtige Bedürfnisse der Bevölkerung. ²⁾ Gerade die Wirtschaft befaßt sich mit der Produktion und Verteilung knapper, u.a. lebenswichtiger Güter, auch wenn sie - was für die private Wirtschaft unbestritten regelmäßig zutrifft - dazu durch die Absicht der Erzielung eines Gewinnes veranlaßt wird. Die Unternehmen können es also - überspitzt formuliert - nicht verhindern, daß sie infolge ihres Strebens nach Gewinn den Bedarf der Allgemeinheit decken müssen. ³⁾

Die Leitung von Verkehrs- und Versorgungsunternehmen nach wirtschafts- und sozialpolitischen Grundsätzen ist als Unterscheidungsmerkmal ebenso verfehlt. Stern-Püttner ⁴⁾ heben hervor, daß das Verhalten eines jeden Bürgers, auch des Wirtschaftsunternehmers, durch das Prinzip der sozialen Verantwortung geprägt sein müsse. Im übrigen werde gerade der überwiegende Teil der produzierten Energien sowie des Wassers nicht von privaten Haushalten, sondern von gewerblichen Abnehmern verbraucht. Folglich können neben sozialpolitischen Aspekten auch erwerbswirt-

1) ZHR 132/166 f

2) So hat schon Schäffle (Z.f.d.ges.StW. 25/262) das Merkmal der Bedürfnisbefriedigung als für private und öffentliche Unternehmen geltend betrachtet.

3) So etwa Kieger S. 47; vgl. auch Heinen S. 90, der die Bedarfsdeckung als Nebeneffekt unternehmerischer Betätigung bezeichnet.

4) S. 58 und S. 57 Note 23

schaftliche Motive die Leitungsentscheidungen solcher gemeindlicher Betriebe beeinflussen. Darüber hinaus haben die vorstehenden Erwägungen gezeigt, daß auch die (private) Wirtschaft durch die Befriedigung der Bedürfnisse der Bevölkerung der Allgemeinheit dient und so allgemein-nützliche Aufgaben erfüllt, auch wenn sie diese Aufgaben nicht um ihrer selbst willen wahrnimmt.

Schließlich ist das Gewinnstreben kein geeignetes Merkmal zur Abgrenzung von Wirtschaften und Verwalten, sofern man - wie der Bay.VerfGH offenbar vorschlägt - jedes Unternehmen dann nicht mehr zum Bereich der Wirtschaft zählt, wenn es nach dem Prinzip der Kostendeckung geführt wird oder zu den Zuschußbetrieben gehört.¹⁾ Andererseits können bei entsprechenden Gesellschafts- und Gesetzesverhältnissen "fast alle Einrichtungen (Schulen, Krankenhäuser, Theater) und selbst eigentliche Hoheitsfunktionen (... Militär durch Söldnerarmee)" mit Gewinn betrieben werden.²⁾ Obwohl diese Auffassung von dem Gewinnstreben als entscheidendem Kriterium zwischen w.U. und Verwaltung auch in jüngster Zeit wiederholt wurde³⁾, ist sie aus den dargelegten Gründen abzulehnen. Schließlich existiert ein Kontrahierungszwang nicht nur für Gemeindebetriebe, sondern - wie Stern-Püttner⁴⁾ ausführen - auch für private Versorgungs- und Verkehrsunternehmen sowie Monopol- und marktbeherrschende Unternehmen.

Demgegenüber grenzen Stern-Püttner⁵⁾ das w.U. von der Verwaltung durch die besondere wirtschaftliche Arbeitsmethode und die Übernahme eines besonderen Risikos ab. Sie entnehmen dem § 67 II 2 DGO, daß der Gesetzgeber mit dem Begriff "wirtschaftlich" die im Gegensatz zur hoheitlichen Verwaltung, zur Haushaltswirtschaft und

1) Köttgen in Rechtsleben I S. 593

2) Stern-Püttner S. 59

3) vgl. Bichhorn S. 94; Luchterhandt ZHR 132/168.

4) S. 58 mit Hinweisen in den Noten 31, 32.

5) S. 63 ff.

Kameralistik stehende Arbeitsmethode der gewerblichen, kaufmännischen Wirtschaft habe erfassen wollen, die sich besonders durch Buchführung, Bilanzierung und unternehmerische Entscheidungspraxis auszeichne. ¹⁾ Aufgrund dieser Typisierung scheidet außer der obrigkeitlichen Verwaltung auch die mit hoheitlichen Mitteln ausgeübte Leistungsverwaltung aus dem Bereich der w.Uen und damit des Wirtschaftens aus. Darüber hinaus folgern Stern-Püttner aus der Verwendung des Begriffs "Unternehmen" im Zusammenhang mit dem Begriff "wirtschaftlich", daß der Gesetzgeber nicht den Unternehmensbegriff der Wirtschaftswissenschaften habe übernehmen wollen, weil nach der dort verfolgten Zielsetzung ein Unternehmen immer wirtschaftlichen Zwecken diene, der Begriff des "wirtschaftlichen" Unternehmens in den Gemeindeordnungen also eine Tautologie darstellen würde. Das Unternehmen i.S. der Gemeindeordnungen sei vielmehr gegenüber den voll eingegliederten Verwaltungsstellen (Behörden) ausgezeichnet durch eine gewisse formelle und sachliche Selbständigkeit, so daß sie organisatorisch verselbständigt seien und daß für sie eine bis zu einem gewissen Grade verselbständigte Entscheidungsgewalt und damit auch eine eigene Orientierung und ein eigenes Risiko bezeichnend seien. ²⁾ So zeige sich bei kommunalen Unternehmen ein Absatzrisiko, weil z.B. bezüglich der angebotenen Leistungen der Verkehrs- und Versorgungsunternehmen Ausweichmöglichkeiten sowohl für den privaten Haushalt als auch für die private Wirtschaft gegeben seien. ³⁾ Einem Konkursrisiko können auch rechtsfähige gemeindliche Unternehmen nur durch gemeindliche Zuschüsse entgehen; die Gemeinde trifft das "Zuschußrisiko". Durch Verwendung des Begriffes "Unternehmen" in den Gemeindeordnungen sind also eine Reihe von mit privatrechtlichen Mitteln verfolgten Aufgaben der Leistungsverwaltung ausgeschlossen worden,

1) S. 63

2) S. 65

3) vgl. im einzelnen Stern-Püttner aaO

wie z.B. die teilweise privatrechtlich durchgeführte Vergabe von Subventionen.

Die Auffassung Stern-Püttners vom kommunalen w.U., die ein bedeutender Schritt auf dem Wege zur Definition dieses Begriffes ist, bedarf jedoch ebenfalls einer kritischen Betrachtung, insbesondere zur Beantwortung der Frage, ob die von ihnen herausgestellten Merkmale der besonderen Arbeitsweise und des besonderen Risikos tatsächlich begriffswesentliche, also definitorische Elemente oder ob sie nur umschreibende Merkmale des bezeichneten Begriffes sind. Zweifel ergeben sich deshalb, weil gerade die Absicht der Gewinnerzielung, die bei der privaten Wirtschaft als vorläufig entscheidendes Merkmal des im konzernrechtlichen Zusammenhang verwandten Begriffes "Gewerbebetrieb" vorgesehen wurde ¹⁾, bei der Frage, ob die Gemeinden aufgrund des Betreibens eines w.Us i.S. der Gemeindeordnungen herrschende Konzernunternehmen sein können, völlig unbeachtlich sein soll. Man muß deshalb fragen, ob sich in dem Verhalten kommunaler wirtschaftlicher Unternehmen nicht eine Gewinnabsicht in modifizierter Form äußert.

Bereits für den Bereich der privaten Wirtschaft hat die Betriebswirtschaftslehre festgestellt, daß das Prinzip der Gewinnmaximierung kein absolutes Unternehmensziel ist, sondern i.d.R. Hauptziel das unter Berücksichtigung von Nebenzielen verwirklicht werden soll. ²⁾ Als solche Nebenziele kommen etwa in Betracht die Erhaltung der Wirtschaftskraft des Unternehmens, Aufrechterhaltung der Liquidität zur Vermeidung eines Konkurses, Festigung und Sicherung der Marktposition. ³⁾

Darüber hinaus bedarf das Prinzip der Gewinnmaximierung einer weitergehenden Relativierung, soweit man öffentliche Unternehmen betrachtet, die nach dem Kostendeckungs-

1) Vgl. oben S. 87 f

2) Kosiol S. 250 ff; Kirsch S. 18 f; Heinen S. 59 ff, 107 ff.

3) Vgl. den Überblick über die möglichen Zielsetzungen eines Unternehmens bei Sandig S. 8.

prinzip geführt werden oder Zuschüsse erfordern.

Ausgehend davon, daß private wie kommunale und andere öffentliche Unternehmen sich einer bestimmten Aufgabe widmen müssen und sie somit Leistungen erbringen, gehen Witte-Hauschildt ¹⁾ davon aus, daß jede Unternehmung eine Leistungskonzeption besitze. Diese trete bei öffentlichen Unternehmungen besonders hervor, zumal in den meisten Fällen die öffentlichen Unternehmungen gerade wegen der Verwirklichung der Leistungskonzeption gegründet würden. In den Unternehmungen ist mit der Leistungskonzeption untrennbar eine Gewinnkonzeption verbunden, durch welche das kaufmännische Erfolgsziel festgelegt wird. ²⁾

Bei den Unternehmungen des Gesellschaftsrechtes bilden Leistungskonzeption und Gewinnkonzeption zusammen den Gesellschaftszweck. Zöllner ³⁾ hat nachgewiesen, daß - wie sich insbesondere aus den §§ 105 I, 161 I HGB und 61 GmbHG ergibt - der Betrieb des Handelsgewerbes oder der sonst zulässige Gesellschaftszweck, also die im Gesellschaftsvertrag oder der Satzung bestimmte Tätigkeit, der Gegenstand des Unternehmens der §§ 23 III Nr. 2 AktG und 3 I Nr. 2 GmbHG, ebenso zum Gesellschaftszweck gehört wie die Erzielung von Gewinnen. Abzulehnen ist also die Auffassung, die Gewinnerzielung allein sei Gesellschaftszweck und die gewerbliche oder sonstige Betätigung stelle nur das Mittel zur Erreichung des Zweckes dar. Demzufolge bedeutet bereits im Gesellschaftsrecht die Verfolgung einer Leistungskonzeption nicht den Verzicht auf die Verfolgung einer Gewinnkonzeption.

Auch öffentliche Unternehmungen besitzen neben der Leistungskonzeption eine Gewinn-, Kostendeckungs- oder Verlustkonzeption. Der Saldo zwischen Ertrag und Aufwendungen "durchläuft - wie das Quecksilber auf der Gradskala eines Thermometers - alle Werte von sehr viel Gewinn über weniger

1) S. 85 ff

2) Witte-Hauschildt S. 85, 99 ff.

3) S. 27 f.

Gewinn, über den Nullpunkt der Aufwandsdeckung bis zu allen Graden der Verluste. Alle Werte von Gewinnen und Verlusten liegen auf demselben Maßstab des kaufmännischen Erfolges einer (öffentlichen) Unternehmung." ¹⁾ Für die Definition kommunaler Unternehmen als "wirtschaftliche Unternehmen" besteht demzufolge kein wesentlicher Unterschied zwischen den Unternehmen, die in der Absicht der Gewinnmaximierung geführt werden und denjenigen, die in der Absicht der Vermeidung eines Verlustes (Kostendeckungsprinzip) oder der Verlustminimierung (Zuschußprinzip) geführt werden. ²⁾ Zwar hat sich auch das Handeln der Leistungsverwaltung nach den Grundsätzen von Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit zu richten. ³⁾ Jedoch orientiert sich die Verwaltung nicht am finanziellen Erfolg, sondern nach den Aufgaben und hat diese je nach Notwendigkeit zu erfüllen, ohne das Erzielen eines Ertrages ins Auge zu fassen. Der Saldo zwischen Erträgen und Aufwendungen wird jedoch bei einem Unternehmen, auch einem kommunalen Unternehmen, im Verhaltenskalkül der Unternehmensleitung berücksichtigt. ⁴⁾ Auch ein öffentliches Unternehmen strebt also nicht (nur) danach, möglichst sparsam und in Vervollgung eines möglichst großen Nutzens für die Allgemeinheit zu handeln, sondern den Saldo zwischen Aufwendungen und Erträgen auch bei Berücksichtigung der politischen Aufgabe des Unternehmens möglichst günstig zu gestalten. Öffentliche Unternehmen müssen also "auch erwerbswirtschaftlichen Gesichtspunkten Rechnung tragen" ⁵⁾.

Somit ist entscheidend auch für das w.U. im Sinn der Gemeindeordnungen, daß es eine Gewinn-, Kostendeckungs- oder Verlustkonzeption, allgemein gesprochen: eine finanzielle

1) Witte-Hauschildt S. 100

2) Zu einfach ist deshalb die Unterscheidung Dudens (in Festgabe Kunze S. 128, 136), private Unternehmen handelten nach dem "Erwerbsprinzip", öffentliche Unternehmen nach dem "Dienstprinzip".

3) Vgl. Hartmann-Hettlage, Staatslexikon V Spalte 1213.

4) Witte-Hauschildt S. 99

5) Hesselbach DöW 1969/122

Konzeption ¹⁾ besitzt. Das von Stern-Püttner hervorgehobene Merkmal der kaufmännischen Arbeitsweise ist deshalb kein begriffswesentliches Merkmal des w.Us, sondern als Indiz für eine finanzielle Konzeption nur eine Qualifizierungshilfe.

Die Verpflichtung der Gemeinden, mit ihren w.Uen einen Überschuß anzustreben, wurde bereits in § 72 I DGO fixiert und ist in die Folgebestimmungen ²⁾ eingegangen. Damit ist auch ausgesprochen worden, daß die Gemeinden einen Verlust möglichst allmählich abbauen sollen. Diese Bestimmungen weisen auf die Existenz einer finanziellen Konzeption der Gemeinden bzgl. ihrer w.Uen hin.

Wirtschaftliche Unternehmen der Gemeinden sind demnach die in kaufmännischer Weise geführten Eigenbetriebe ³⁾, also in aller Regel die kommunalen Versorgungs- und Verkehrsbetriebe sowie die übrigen in der Ersten Ausführungsanweisung zur Eigenbetriebsverordnung ⁴⁾ unter Teil II zu § 1 EigBVO aufgeführten Betriebe der Urproduktion mit Verarbeitungsbetrieben sowie die "sonstigen" Betriebe. ⁵⁾

- c) Hier stellt sich nun die Frage, ob eine Gemeinde als Großaktionärin gegenüber der AG herrschendes Konzernunternehmen ist, weil sie ein w.U. betreibt.

Grundsätzlich ist - vorbehaltlich späterer Einschränkungen - davon auszugehen, daß eine Gemeinde als GroßAin dann herrschendes Konzernunternehmen ist, wenn sie ihr w.U. auf Gewinnerzielung hin angelegt hat. Zweifel an der Konzernunternehmensqualität der Gemeinde können sich nur ergeben, wenn diese ihr w.U. nach dem Prinzip der Kostendeckung oder dem der Verlustminimierung führt. Diese beiden Prinzipien können jedoch im hier behandelten kon-

1) So Hax in Festgabe Kunze S. 118 mit Note 11; ähnlich Thiemeyer-Oettl DöW 1969/7, 40.

2) Vgl. oben Note 1 und 2 auf S. 97

3) vgl. §§ 14, 16, 18 EigBVO vom 21. Nov. 1938 RGBl I/1650.

4) RMBlV 1939 S. 633

5) vgl. auch die Beispiele bei Stern-Püttner S. 70 f.

zernrechtlichen Zusammenhang keine wesentlich andere Beurteilung erfahren als das Gewinnprinzip. Auch beim Betreiben eines gemeindlichen wirtschaftlichen Zuschußunternehmens muß die Gemeinde danach streben, bei der Saldierung von Aufwendungen und Erträgen ein für sie möglichst günstiges Ergebnis zu erreichen. Sie muß sich also um die Verminderung der Aufwendungen und Erhöhung der Erträge bemühen. Damit besitzt ihr Handeln insoweit aber die Zielrichtung, die auch für die Absicht der Gewinnerzielung gilt. Von ihr geht deshalb eine für die abh. AG ebenso große Gefahr aus wie bei Verfolgung einer Gewinnkonzeption. Entsprechendes gilt auch für eine Gemeinde, die ein w.U. nach dem Prinzip der Kostendeckung führt. Auch sie muß versuchen, den Saldo zwischen Aufwendungen und Erträgen immer in der Waage zu halten. Die Gemeinde strebt also in Abwandlung des obigen Ergebnisses ¹⁾ bei ihrer Einflußnahme auf die AG häufig nicht nach gewinnbringenden, sondern nach verlustverringenden oder kostendeckenden Vorteilen. Insofern könnte sie herrschendes Konzernunternehmen gegenüber der AG sein, an der sie erheblich beteiligt ist.

Damit ergibt sich zunächst folgende Differenzierung: Betreibt eine Gemeinde kein wirtschaftliches Unternehmen, so verfolgt sie bei ihrem Verhalten gegenüber der AG keine finanzielle Konzeption. Das bedeutet, daß sie kein herrschendes Konzernunternehmen ist; sie ist nur Trägerin eines öffentlichen Haushaltes. Besitzt eine Gemeinde jedoch ein w.U., so kann sie als GroßA in ihre darin verkörperten wirtschaftlichen Interessen gegenüber der AG verfolgen. Sie könnte die AG dazu veranlassen, bestimmte Leistungen an einen Eigenbetrieb unter Marktpreis zu erbringen.

Hier ist jedoch einzuwenden, daß Gemeinden sich nur unter den Voraussetzungen an einer Gesellschaft beteiligen dürfen, die auch für die Errichtung, Übernahme oder Erwei-

1) S. 87 f

terung wirtschaftlicher Unternehmen gelten ¹⁾). Eine Gemeinde wird deshalb auch bei der Einflußnahme auf eine AG oder eine andere Gesellschaft den öffentlichen Zweck, der mittels des GesellschaftsUs verfolgt wird, nicht gefährden dürfen. Sie wird nicht die Absicht hegen, die AG etwa "auszuplündern". Jedoch ist sie in der Lage, solange sie dadurch den öffentlichen Zweck nicht gefährdet, die AG zu einem nachteiligen Verhalten zu veranlassen in der Absicht, dadurch einem kommunalen w.U. und damit sich selbst als Inhaberin dieses w.Us Vorteile zu verschaffen. Selbst wenn § 72 II 2 DGO und die Nachfolgebestimmungen ²⁾ die Verpflichtung zur angemessenen Vergütung von Lieferungen und Leistungen begründen, ist dadurch die Veranlassung nachteiliger Maßnahmen wie etwa das Unterlassen eines gewinnbringenden oder sonst vorteilhaften Geschäftes nicht ausgeschlossen. Im übrigen mag es zweifelhaft sein, ob die Angemessenheit i.S. dieser Bestimmungen mit der Angemessenheit der Gegenleistung nach § 312 III 1 AktG gleichgesetzt werden kann.

An dieser Stelle ist es jedoch notwendig, darauf hinzuweisen, daß eine ein w.U. betreibende Gemeinde im Gegensatz zu einem gewerblichen Unternehmen nicht ausschließlich in Verfolgung einer finanziellen Konzeption handelt, sondern auch Träger eines öffentlichen Haushaltes ist. So ist es möglich, daß eine Gemeinde ihren Einfluß als GroßAin nicht im Interesse eines ihrer w.Uen geltend macht, sondern um einen Vorteil für ihren Haushalt zu erlangen. Eine Gemeinde kann also entweder eine möglichst hohe Dividende oder einen Sondervorteil (Zuschuß zur Verwirklichung eines Bauprojektes) erstreben oder die AG zu einem Verhalten veranlassen, das der Gemeinde Aufwendungen gänzlich erspart.

1) § 87 I Nr. 1 GemO B.-W., Art. 77 I GemO Bayern, §§ 99 I GemO Hessen, §§ 91 I GemO Niedersachsen, § 71 I GemO NRW, § 82 I GemO Rhld.-Pf., § 85 I GemO Saarland, § 84 I GemO Schleswig-Holstein.

2) Vgl. oben S. 97 Note 3

Ein Beispiel für den letzten Fall: Eine Gemeinde veranlaßt eine AG, eine Betriebserweiterung an einem günstigen Platz zu unterlassen, um die Kosten für den Bau einer Straße zu ersparen. Stattdessen soll die AG an einer Stelle bauen, die Nachteile für die AG verursacht, zu der jedoch bereits eine Straße führt. Es ist deshalb zu fragen, ob eine Gemeinde wegen der wohl nicht seltenen Verfolgung von Haushaltsinteressen gegenüber einer AG nicht als herrschendes Konzernunternehmen betrachtet werden kann.

Hier ist zu bedenken, daß auch der ein Gewerbe betreibende Einzelunternehmer (nat. Person) neben seiner gewerblichen Tätigkeit im oben verstandenen Sinne Träger eines privaten Haushaltes und als GrobA in der Lage ist, seine Haushaltsinteressen (Dividendenerwartung und Sondervorteile) gegenüber der AG zu verfolgen. Dennoch wird er, sooft er die Wahl hat zwischen der Verfolgung von Haushaltsinteressen und der Verfolgung gewerblicher Interessen, danach streben, durch Sondervorteile den Gewinn seiner eigenen Unternehmung zu vergrößern, weil dieser Gewinn ihm allein zugute kommt, während er, wenn er als Haushaltsträger nur nach einer größeren Dividende strebt, sich den Gesamtgewinn der AG mit den übrigen Aen teilen muß. Aus diesem Grunde muß seine Qualität als Haushaltsträger unberücksichtigt bleiben. Personal- und Kapitalgesellschaften sind ohnehin keine Haushaltsträger, da das in ihnen zusammengefaßte Betriebsvermögen dem unternehmerischen Zweck gewidmet ist und gegenüber den Privatvermögen der Gesellschafter (Haushaltsvermögen) rechtlich verselbständigt ist.

Im Gegensatz zum privaten Einzelunternehmer verfolgt eine Gemeinde ihr Haushaltsinteresse ebenso sehr wie ihr unternehmerisches Interesse, zumal sie wegen der Verpflichtung zur Erfüllung von Verwaltungsaufgaben häufig keine Wahlmöglichkeit zwischen einem Handeln in Verwaltungsformen und in privatwirtschaftlichen Formen hat. Es wird ihr deshalb häufig drauf ankommen, Vorteile direkt für den

Haushalt zu erlangen und nicht erst über den Gewinn eines wirtschaftlichen Unternehmens. Eine Gemeinde wird somit als GroßAin gegenüber der AG sowohl Haushalts- als auch Unternehmensinteressen verfolgen, also sozusagen "zweigleisig" tätig werden. Bei der Frage nach der Konzernunternehmensqualität der Gemeinde darf diese notwendige Wahrnehmung von Haushaltsinteressen nicht unberücksichtigt bleiben. Andererseits wäre es eine undifferenzierte, ungenaue Betrachtungsweise, zu ignorieren, daß die ein wirtschaftliches Unternehmen besitzende Gemeinde ihre unternehmerischen Interessen, d.h. eine finanzielle Konzeption mit Hilfe von für die AG nachteiligen Veranlassungen verfolgen kann. Demzufolge ist es notwendig, eine Gemeinde als h.U. und gemäß § 18 I 3 AktG als herrschendes Konzernunternehmen zu betrachten, soweit sie die Interessen eines ihrer wirtschaftlichen Unternehmen gegenüber der AG verfolgt. Die oben ¹⁾ dargelegten Meinungen von Rasch, Schäfer, Wassmuth, Raisch und Bachelin stimmen also mit dem hier gefundenen Ergebnis überein.

Gegen diese Auffassung kann der Vorwurf der Unsicherheit oder Unpraktikabilität nicht erhoben werden, da es regelmäßig leicht erkennbar ist, ob eine Gemeinde von einer AG ein bestimmtes Verhalten zugunsten eines ihrer w.Uen verlangt oder zugunsten ihres Haushaltes. Dies trifft besonders auf Leistungen der AG gegenüber den gemeindlichen w.Uen zu. Damit werden die Erfüllung der Pflicht des Vorstandes der abh. AG zur Aufstellung eines Abhängigkeitsberichtes und die Prüfung dieses Berichtes nicht erheblich erschwert.

3. Bei der Frage, ob Bund und Länder als GroßAe herrschender Konzernunternehmen gegenüber der AG, an der sie beteiligt sind, sein können, kann auf die entsprechende Untersuchung der Gemeinden als herrschende Konzernunternehmen zurückgegriffen werden. Bei Bund und Ländern sind dieselben Voraussetzungen zur Bejahung der Qualität eines herrschen-

1) S. 94 mit Note 5 u. S. 95 mit Noten 2, 3, 5

den Konzernunternehmens heranzuziehen. Bund und Länder sind danach als GroßAe dann herrschendes Konzernunternehmen gegenüber einer AG, wenn sie ein rechtlich unselbstständiges öffentliches Unternehmen besitzen.

Rechtlich unselbstständige öffentliche Unternehmen des Bundes sind die Bundesbetriebe.

Nach den Regeln, die oben ¹⁾ für die Abgrenzung des öff. Us, insbesondere des w.Us i.S. der GemOen, vom Verwaltungshandeln gefunden wurden, ist eine Betätigung dann kein Verwaltungshandeln mehr, sondern unternehmerisches Handeln, wenn demHandeln eine finanzielle Konzeption zugrunde liegt. Eine solche ist insbesondere zu erkennen an der Rechnungsführung, der kaufmännischen Buchführung und Bilanzierung.

Aus der Begründung zu § 19 des Entwurfes des Haushaltsgrundsatzgesetzes ²⁾ ersieht man, daß es Bundesbetriebe mit gewöhnlicher kameralistischer Rechnungsführung, mit weiterentwickelter Kameralistik und mit kaufmännischer Buchführung gibt. Daß Bundesbetriebe, für welche die Kameralistik "nicht zweckmäßig" ist, einen Wirtschaftsplan aufstellen und die kaufmännische Buchführung anwenden, ergibt sich auch aus § 18 I HGrG ³⁾ und §§ 26 I, 74 I BHO ⁴⁾. Das heißt aber, daß der Bund als GroßA dann herrschendes Konzernunternehmen gegenüber der AG sein kann, wenn ein oder mehrere Bundesbetriebe die kaufmännische Ertragsrechnung anwenden, man also davon ausgehen kann, daß diese nach einer finanziellen Konzeption im oben verstandenen Sinn geführt werden.

Werden Bundesbetriebe nach einer finanziellen Konzeption geführt, so ist der Bund in der Lage, gegenüber einer AG, an der er erheblich beteiligt ist, die Interessen dieser seiner rechtlich unselbständigen wirtschaftlichen Unter-

1) vgl. S. 97 ff

2) Entwurf eines Gesetzes über die Grundsätze des Haushaltsrechts des Bundes und der Länder (Haushaltsgrundsatzgesetz - HGrG), Bundesratsdrucksache 284/68, laufende Nr. 194 der Begründung.

3) vom 19. August 1969 (BGBl I S. 1273).

4) vom 19. August 1969 (BGBl I S. 1284).

nehmen zu verfolgen und auf diese Weise eine konzernmäßige Interessenkollision zu bewirken. Die Tatsache, daß der Bund durch seine Beteiligung wichtige Interessen des Bundes ¹⁾, i.d.R. gemeinwirtschaftliche Interessen verfolgen soll, wird ihn ebenso wenig an der Herbeiführung konzernmäßiger Interessenkollisionen hindern wie dies für Gemeinden bereits festgestellt wurde. ²⁾

Demnach kann der Bund aufgrund der Existenz von Bundesbetrieben, die nach einer finanziellen Konzeption geführt werden, herrschendes Konzernunternehmen gegenüber einer AG sein, deren Aktien er zu einem erheblichen Teil besitzt.

An dieser Stelle ist - wie oben bei den Gemeinden - auf die Haushaltsinteressen des Bundes einzugehen. Auch der Bund wird häufig nicht die Wahl haben zwischen der Verfolgung von Interessen seiner rechtlich nicht selbständigen Unternehmen und der Verfolgung von Haushaltsinteressen. Deshalb ist beim Bund die gleiche Schlußfolgerung zu ziehen wie bei den Gemeinden: Der Bund ist h.U. und herrschendes Konzernunternehmen, soweit er die Interessen seiner wirtschaftlichen Unternehmen gegenüber einer AG verfolgt, deren Anteile er zu einem erheblichen Teil besitzt. Über die Verfolgung von Haushaltsinteressen hinaus kann der Bund seinen Einfluß als GroßA auch geltend machen, um eine AG zu einem Verhalten zu veranlassen, das im Einklang mit der von der Bundesregierung verfolgten Wirtschaftspolitik steht. Sollten sich daraus finanzielle Nachteile für die AG und deren übrige Aktionäre ergeben, so können diese nur nach § 117 AktG, nicht nach §§ 311 ff, AktG ausgeglichen werden, weil der Bund insoweit keine finanzielle Konzeption verfolgt. Ob das von einem GroßA gegenüber der Unternehmensleitung durchgesetzte Verlangen, die Un-

1) vgl. die neue Regelung des § 65 I Nr. 1 BHO.

2) vgl. oben S. 106 ff.

ternehmenspolitik an der volkswirtschaftlichen Gesamtentwicklung zu orientieren und die gesellschaftliche Verantwortlichkeit des Unternehmens angemessen zu berücksichtigen, überhaupt zu einer Haftung des GroßA gemäß § 117 I AktG führen kann ¹⁾, soll hier nicht näher untersucht werden.

Die von Luchterhandt ²⁾ gebildeten Beispiele können gegen die Auffassung von der Konzernunternehmensqualität des Bundes nicht angeführt werden, weil bei ihnen der Bund nur als Träger von Haushalts- und wirtschaftspolitischen Interessen angesprochen ist und dort auf die hier wegen der "Zweigleisigkeit" des Handelns notwendige differenzierende Betrachtungsweise nicht eingegangen wird.

Bei der Frage, ob die Länder als GroßAe herrschendes Konzernunternehmen sein können, sind dieselben Erwägungen anzustellen wie bei der Untersuchung der Unternehmensqualität des Bundes. Existieren Landesbetriebe, z.B. Staatsbäcker ³⁾, und werden diese nach einer finanziellen Konzeption geführt, so ist das Land herrschendes Konzernunternehmen, soweit es deren Interessen gegenüber einer AG verfolgt.

4. Bundesbahn und Bundespost sind Sondervermögen des Bundes. ⁴⁾ Sie sind nicht rechtsfähig, können aber im eigenen Namen handeln. ⁵⁾ Damit sind sie rechtlich selbständig i.S. der §§ 15 ff AktG. Betätigen sich Bahn und Post unternehmerisch im Sinne der Verfolgung einer finanziellen Konzeption, so können sie demnach selbst herrschende Konzernunternehmen sein.

Die Rechnungsführung von Bundesbahn und Bundespost ist

1) bejahend Luchterhandt ZHR 132/170

2) aaO S. 169

3) Kurt Herrmann S. 545

4) Vgl. § 1 I 1 des Gesetzes über die vermögensrechtlichen Verhältnisse der Deutschen Bundesbahn vom 2.3.1951 (BGBl. I S. 155) sowie § 1 I 1 des Gesetzes über die vermögensrechtlichen Verhältnisse der Bundespost vom 21.5.1953 (BGBl. I S. 225).

5) §§ 1, 2 I Bundesbahngesetz, § 4 I Postverwaltungsgesetz.

eine kaufmännische Ertragsrechnung. Dies ist für die Bundesbahn durch die erforderliche Rechnungsführung nach betriebswirtschaftlichen Grundsätzen, die Aufstellung eines Wirtschaftsplanes sowie die Aufstellung einer Bilanz, einer Gewinn- und Verlustrechnung und eines Geschäftsberichtes ¹⁾ gesichert. Die §§ 18 I und 19 I und IV PostVwG enthalten für die Rechnungsführung der Deutschen Bundespost eine entsprechende Regelung.

Darüber hinaus bestimmt § 28 I BBahnG, daß die Deutsche Bundesbahn "wie ein Wirtschaftsunternehmen mit dem Ziel bester Verkehrsbedienung nach kaufmännischen Grundsätzen... zu führen" und daß "eine angemessene Verzinsung des Eigenkapitals ... anzustreben" sei. Demgegenüber wird für die Deutsche Bundespost im PostVwG nicht ausdrücklich festgelegt, daß sie wie ein Wirtschaftsunternehmen zu führen sei. Vielmehr bezeichnet § 1 I 1 PostVwG die Verwaltung des Post- und Fernmeldewesens als Bundesverwaltung. Dies könnte zu der Auffassung verleiten, es handele sich hier um Verwaltungshandeln, d.h. die Post sei kein öffentliches Unternehmen. Die Bezeichnung der Postverwaltung als Bundesverwaltung hat jedoch zunächst nur die Bedeutung, daß die politischen Vorstellungen des Bundes bei der Geschäftsführung der Bundespost berücksichtigt werden. Dies geschieht durch die Beteiligung des zuständigen Ministers an der Postverwaltung ²⁾. Dem ist jedoch nicht zu entnehmen, daß die zu fällenden Entscheidungen nach der Art getroffen werden müssen, wie es beim Verwaltungshandeln üblich ist, nämlich nach dem Prinzip der Sparsamkeit und des Erreichens eines größtmöglichen Nutzens (Prinzip der Wirtschaftlichkeit). Es ist demnach scharf zu unterscheiden zwischen Verwaltung i.S. einer Mitarbeit von Trägern politischer Funktionen und Verwaltung i.S. von Verwaltungshandeln, dem Fällen von Verwaltungsentscheidungen. Die Be-

1) §§ 29, 30, 32 I-III BBahnG

2) vgl. § 2 PostVwG; vgl. hierüber auch Eichinger DöW 1969/8.

teilung des zuständigen Bundesministers an der Verwaltung oder Geschäftsführung der Bundespost ist notwendig wegen der Festlegung der Leistungskonzeption der Post.¹⁾ Dies bedeutet jedoch nicht einen Verzicht auf eine finanzielle Konzeption. Bemerkenswert ist hierbei u.a., daß die Zuständigkeit zur Entscheidung über die Gewinnverwendung und Gebührenbemessung bei einem Verwaltungsrat liegt, dessen Mitglieder weisungsunabhängig sind.²⁾ Der zuständige Bundesminister kann nur dann eingreifen und anstelle eines Beschlusses des Verwaltungsrates einen Beschluß der Bundesregierung beantragen, wenn der Beschluß des Verwaltungsrates im Interesse des Bundes nicht verantwortet werden kann³⁾ - also offenbar bei einer Kollision des Beschlusses des Verwaltungsrates mit § 2 PostVwG. Die Mitarbeit des zuständigen Bundesministers und die Verwendung einer Terminologie, die auf Verwaltungstätigkeit schließen läßt ("Bundesverwaltung", "Verwaltungsrat") ist kein entscheidendes Argument gegen die Annahme einer finanziellen Konzeption, die durch ein kaufmännisches Rechnungswesen begründet ist.

Da die kaufmännische Rechnungsführung ein Indiz für die Existenz einer finanziellen Konzeption ist, muß man davon ausgehen, daß Bundespost und Bundesbahn als Sondervermögen des Bundes durch öffentliche Zwecke gebundene wirtschaftliche Unternehmen sind. Die Tatsache, daß die Post für die Benutzung der Einrichtungen des Post- und Fernmeldewesens Gebühren erhebt⁴⁾, ist kein Grund zur Verneinung des Vorhandenseins einer finanziellen Konzeption. Denn der Begriff der Gebühr weist nur auf die öffentlichrechtliche Art der Erhebung hin⁵⁾, sagt aber nichts über die Höhe der Gebühr⁶⁾ und insbesondere nichts darüber, welche (kauf-

1) vgl. S. 114 Note 2

2) § 12 I Nr. 3, 4 und § 5 III 1 PostVwG

3) vgl. § 13 PostVwG

4) vgl. § 14 PostVwG

5) vgl. § 9 III PostG vom 28.7.1969 (BGBl. I S. 1006).

6) Bei der Festsetzung von Gebühren kann insbesondere der Kostendeckungsgrundsatz unbeachtet bleiben, vgl. BVerwGE 12/162.

männischen oder nicht-kaufmännischen) Überlegungen und Entscheidungen der Festsetzung der Gebührentabellen vorausgegangen sind. Bundesbahn ¹⁾ und Bundespost können demnach herrschende Konzernunternehmen sein.

Was bei der Betrachtung von Bund, Ländern und Gemeinden als Voraussetzung zur Qualifizierung als herrschendes Konzernunternehmen festgestellt wurde - nämlich die Verfolgung einer finanziellen Konzeption - gilt auch für die übrigen Gebietskörperschaften sowie alle anderen juristischen Personen des öffentlichen Rechts. So können z.B. rechtsfähige Anstalten des öffentlichen Rechts ²⁾, wenn und soweit sie die bezeichneten Voraussetzungen erfüllen, herrschende Konzernunternehmen sein.

§ 15 Der "private" Großaktionär.

Der GroßA, der nur an einer AG beteiligt ist und keine selbständige gewerbliche oder berufliche Tätigkeit ausübt, soll als "privater" GroßA bezeichnet werden. Er wird sich regelmäßig nicht passiv verhalten, sondern versuchen, Vertrauensleute in Aufsichtsrat und Vorstand zu lancieren, und diese Organe in ihrer Unternehmensleitung zu bestimmen. Nur Möhring ³⁾ und Kropff ⁴⁾ betrachten diesen GroßA

1) Ebenso Möhring-Tank in Handbuch Tz. 705 a; Herrnring S. 88 f.

2) Vgl. Möhring-Tank in Handbuch Tz. 705 a.

3) NJW 67/1, anders jedoch in einem späteren Beitrag, vgl. Note 1 auf Seite 117.

4) BB 65/1285

offenbar als herrschendes Konzernunternehmen. Zwar behandeln sie den Fall nicht ausdrücklich, jedoch ist ihren allgemeinen Definitionen des herrschenden Konzernunternehmens diese Deutung zu entnehmen. Möhring bejaht ein Konzernunternehmen bei einer natürlichen Person als Aktionär, die "marktstrategisch" das Schicksal "ihrer" Gesellschaft mitzubestimmen bereit und in der Lage sei. Nach Kropffs Auffassung brauchte ein herrschendes Konzernunternehmen keine bestimmten Merkmale aufzuweisen. Entscheidend sei die Art der vom Herrschenden verfolgten Interessen. Die Gefahr einer konzernrechtlich erheblichen Interessenkollision bestehe und wachse in dem Maße, in dem unternehmerische Interessen einen Aktionär leiten, in dem er marktstrategische pläne und entscheide.

Von der gesamten übrigen Literatur wird die Qualifikation des privaten GroßAs als herrschendes Konzernunternehmen mit unterschiedlichen Begründungen abgelehnt. ¹⁾

Das entscheidende Argument für diese gerechtfertigte Ablehnung soll gefunden werden durch den Rückgriff auf die oben ²⁾ dargelegten Gründe, die zu den Regelungen der §§ 311 ff AktG geführt haben. Diese Vorschriften beabsichtigen, den Gefahren einer Beherrschung durch den Träger eines anderen wirtschaftlichen Interesses bis hin zur Bildung vollunternehmerischer Wirtschaftseinheiten rechtlich selbständiger Unternehmen entgegenzuwirken. Gleichzeitig soll die Zulässigkeit der Bildung solcher Wirtschaftseinheiten durch wirtschaftliche Konzentration rechtlich selbständig bleibender Unternehmen sowie die Aufrechterhaltung einer „Wirtschaftseinheit“ im Falle rechtlicher Dekonzentration berücksichtigt werden.

Während der ein Gewerbe im obigen Sinn betreibende GroßA ³⁾

1) Vgl. z.B. Würdinger S. 263; ders. in Großkomm. AktG §§ 15-19 Vorb. II 3b und in Festgabe Kunze S. 181; Baumbach-Lueck § 15 Rdn. 4; Möhring NJW 1969/1473; Luchterhand ZHR 132/155; Huber ZHR 133/290.

2) S. 61 ff

3) vgl. oben § 13

die Bildung einer größeren Wirtschaftseinheit durch wirtschaftliche Konzentration aufgrund seiner Beherrschungsmöglichkeit bewirken kann, vermag dies der private GroßA jedoch nicht. Demgemäß fehlen die tatsächlichen Voraussetzungen für die Gewährung der relativ geringen Vorteile der §§ 311 ff. Es mangelt aber auch insbesondere - was entscheidend ist - an der Möglichkeit nachhaltiger Verfolgung fremdgewerblicher Interessen als Voraussetzung der Verschärfungen der §§ 311 ff gegenüber den Vorschriften des Ersten Buches, weil der private GroßA keine eigene finanzielle Konzeption verfolgt. Die Durchbrechung der aktiengesellschaftlichen Zuständigkeitsordnung läßt den die AG faktisch leitenden GroßA noch nicht zum Unternehmen werden. Der GroßA wird regelmäßig nur seine Vorstellungen von der Verfolgung des Interesses der AG an die Stelle der entsprechenden Vorstellungen des Vorstandes setzen. Auch wenn man diese subjektiven Vorstellungen als Interessen bezeichnet, handelt es sich in diesem Falle doch nur um eine von einer Außeneinwirkung freien, unternehmensinternen Kollision, also nur eine bereits oben ¹⁾ von der eigentlichen Interessenkollision abgegrenzten Kollision verschiedener Interessen derselben Person AG. Nur wenn der private GroßA versuchen sollte, sich vor den anderen Aktionären einen Sondervorteil zum Schaden der AG zu verschaffen oder der AG durch Einflußnahme auf die Geschäftsführung einen Schaden zuzufügen, kommt es zu einer Interessenkollision zwischen GroßA und AG. Für diese Kollision sind aber die Vorschriften der §§ 117, 243 AktG geschaffen und für die Praxis ausreichend. Demgemäß bewirkt der "private" GroßA mangels Verfolgung einer eigenen finanziellen Konzeption im Wirtschaftsleben keine konzernmäßige Interessenkollision und erlangt deshalb nicht die Qualifikation als herrschendes Konzernunternehmen.

1) S. 52

§ 16 Der ohne die Absicht der Ertragserzielung selbständig am Wirtschaftsleben teilnehmende Großaktionär.

Bisher wurde davon ausgegangen, daß das herrschende Konzernunternehmen bei der Teilnahme am Wirtschaftsleben eine finanzielle Konzeption verfolgt. An dem folgenden Fall soll untersucht werden, ob die Verfolgung einer finanziellen Konzeption das alleinige Begriffsmerkmal des herrschenden Konzernunternehmens darstellt oder ob die (selbständige) Teilnahme am Wirtschaftsleben daneben als begriffswesentliches Merkmal anerkannt werden kann oder gar das einzige Kriterium zur Qualifizierung darstellt. Dies ist deswegen notwendig, weil es Unternehmungen gibt oder geben kann, die selbständig am Wirtschaftsleben teilnehmen oder mit anderen Worten: eine Leistungskonzeption verfolgen, ohne zugleich eine finanzielle Konzeption (Gewinn-, Kostendeckungs- oder Zuschußkonzeption) zu verfolgen. Als Beispiel sei eine kommunale Verkehrsunternehmung genannt, welche aufgrund des Nulltarifes arbeitet, also Leistungen erbringt, ohne Erträge zu erzielen.

Offenbar vertritt Herrnring die Auffassung, daß die Verwirklichung einer Leistungskonzeption das alleinige begriffswesentliche Merkmal sei, da er ein herrschendes Konzernunternehmen bejaht, wenn jemand planmäßig gleichartige Leistungen anbietet. ¹⁾ Zu diesem Ergebnis gelangt er, indem er von dem Begriff Gewerbebetrieb ausgeht ²⁾, dann feststellt, daß ein herrschendes Unternehmen nicht nur gewinnorientiert, sondern auch kostendeckend arbeiten kann ³⁾ und daraus schließt, daß - da die Gewinnerzielungsabsicht nicht zwingend sei - das planmäßige Angebot gleichartiger Leistungen genüge. ⁴⁾ Dieser Schluß ist deshalb unzutreffend, weil Herrnring außer der Verwirklichung

1) S. 54

2) S. 49 f

3) S. 53

4) S. 54

einer Leistungskonzeption die Kriterien der Gewinnerzielungs- oder Kostendeckungsabsicht als Voraussetzung für die Anwendung der Konzernrechtsschutzvorschriften zunächst bejaht ¹⁾ sie aber als begriffliche Merkmale der "herrschenden Unternehmens" (nur) deshalb ablehnt, weil es auf die Unterscheidung zwischen dem Gewinnerzielungs- und dem Kostendeckungsprinzip nicht ankommt. Wegen dieses falschen Schlusses sieht sich Herrnring nicht vor die Frage gestellt, ob die Verfolgung einer der verschiedenen finanziellen Konzeptionen überhaupt zur Qualifizierung einer Person oder Personengruppe als herrschendes (Konzern-) Unternehmen erforderlich ist. Das Argument zur Bejahung dieser Frage liefert Herrnring jedoch selbst, indem er erklärt, daß es der in Gewinn- oder Kostendeckungsabsicht handelnden herrschenden Person bei der Einflußnahme auf die abhängige AG darauf ankomme, sich selbst einen Vermögensvorteil zu verschaffen und daß diese Person deshalb Unternehmenscharakter besitze. ²⁾

Es ist eine Tatsache, daß die Konzernbildung die Leistungskonzeption der Konzernunternehmen berührt. ³⁾ Einer Unternehmung, die keine finanzielle Konzeption verfolgt, geht es maßgeblich nur darum, daß die Bevölkerung oder Bevölkerungsgruppen mit bestimmten Waren und Leistungen versorgt werden. Es handelt sich um eine fürsorgende wirtschaftliche Betätigung, die aufgrund der fehlenden Absicht der Ertragserzielung dem fürsorgenden Verwaltungshandeln sehr nahe kommt, sich von diesem aber dadurch unterscheidet, daß sie privatrechtlich betrieben wird. Wegen der ausschließlichen Verfolgung des bezeichneten Versorgungszweck wird bereits die Intensität der Beeinflussung der abh. AG durch diese Unternehmung regelmäßig nicht das Ausmaß erreichen, welches einen besonders weitgehenden Schutz - wie er durch die Konzernrechtsvorschriften gewährt wird - erforderlich macht.

1) S. 53 f

2) S. 54

3) vgl. oben § 6

Entscheidend für die Begriffsbildung kann aber (noch) nicht eine regelmäßig vorhandene oder fehlende Intensität der Einflußnahme sein, sondern nur die vom Gesetz vorausgesetzte Art der vorhandenen oder möglichen Beeinflussung der abh. AG, nämlich das die Einflußnahme bewirkende Interesse des Großaktionärs. Nach der Auffassung Herrnrings soll das Leistungsinteresse für den Begriff des herrschenden (Konzern-) Unternehmens wesentlich sein. Wäre die Verwirklichung der Leistungskonzeption aber das alleinige Merkmal der gesuchten Begriffsdefinition, so brauchte das Aktiengesetz nicht darauf abzustellen, daß von dem herrschenden (Konzern-) Unternehmen eine die Einflußmöglichkeiten des GroßAs nach dem Ersten Buch des Aktiengesetzes übersteigende Gefahr der Benachteiligung des abhängigen Unternehmens ausgeht. Denn das herrschende Unternehmen könnte, sofern es sich ausschließlich um eine Verbesserung seiner Leistungskonzeption bemühen würde, die abhängige AG zu Leistungen oder Maßnahmen veranlassen, ohne dieser Nachteile zuzufügen. Die konzernrechtlichen Schutzvorschriften lassen jedoch erkennen, daß es dem herrschenden Unternehmen im Sinne dieser Vorschriften auf die Erlangung wirtschaftlicher Vorteile ohne den üblichen Gegenwert oder Ausgleich ankommt, also auf die Erlangung wirtschaftlicher Vorteile, die sich direkt oder indirekt als eine Verbesserung der finanziellen Situation des herrschenden Unternehmens (oder der von diesem begünstigten anderen Konzernunternehmen) darstellen ¹⁾, ohne daß damit zugleich eine Verbesserung der Leistungskonzeption derselben einhergehen müßte. Das herrschende Unternehmen verfolgt also durch die Einflußnahme auf die abhängige AG dieser gegenüber ein finanzielles Interesse. Die Verwirklichung einer Leistungskonzeption durch das herrschende Unternehmen steht auch nicht als zweites Begriffsmerkmal neben der Verfolgung eines finanziellen

1) Vgl. auch Geßler NB 1966/200.

Interesses. Würde man dies fordern, so dürfte folgerichtig das herrschende Unternehmen nur bzgl. derartiger nachteiliger Veranlassungen zu einem Ausgleich gezwungen werden, bei denen wenigstens die theoretische Möglichkeit bestünde, daß sie sich vorteilhaft auf die Leistungskonzeption des herrschenden Unternehmens auswirken. Andere "Begünstigungen" des herrschenden Unternehmens durch die abhängige AG, welche zusätzlich für das herrschende Unternehmen finanziell vorteilhaft, für dessen Leistungskonzeption jedoch bedeutungslos sind - so insbesondere finanzielle Leistungen der abh. AG, die nicht im herrschenden Unternehmen verbleiben, sondern sogleich an die Aktionäre ausgeschüttet werden - brauchten dann nicht ausgeglichen zu werden. Dies verzerrt jedoch den Zweck der gesetzlichen Regelung, denn die abhängige AG, deren Aktionäre und Gläubiger wären in diesem Falle nur unzureichend geschützt.

Für die Anerkennung der Verwirklichung einer Leistungskonzeption als begriffswesentliches Merkmal könnte noch angeführt werden, daß die Bildung einer größeren Wirtschaftseinheit ¹⁾ die Verfolgung einer Leistungskonzeption durch das herrschende Unternehmen erfordere. Dies würde aber bei funktionaler Betrachtungsweise voraussetzen, daß der Zweck der Regelungen des Konzernrechts auch in der Herbeiführung größerer Wirtschaftseinheiten durch die Zusammenfassung von Leistungskonzeption^{en} zu sehen wäre. In der vorgenommenen Interessenanalyse ²⁾ ist jedoch festgestellt worden, daß das Aktiengesetz zwar die wirtschaftspolitische Grundentscheidung der Zulässigkeit der Konzernbildung berücksichtigt, indem es um des Schutzes der abhängigen AG, deren Aktionäre und Gläubiger willen die Konzernbildung nicht untersagt, es aber nicht das Anliegen, der Zweck des Aktiengesetzes ist, die Bildung größerer Wirtschaftseinheiten herbeizuführen. Gesetzeszweck ist

1) vgl. oben S. 8, 36 f, 67 ff.

2) vgl. oben S. 61, 67 ff.

allein der Schutz der bezeichneten Personen. Deshalb braucht die Tatsache der Existenz und Verwirklichung einer Leistungskonzeption auch nicht zum begriffswesentlichen Merkmal des "herrschenden Konzernunternehmens" erhoben zu werden.

Begrifflich entscheidend ist also nur, daß das herrschende Unternehmen durch die Einflußnahme auf die abhängige AG dieser gegenüber ein finanzielles Interesse verfolgt.

Da nicht nur das herrschende Unternehmen, sondern auch jede herrschende Person (ohne Unternehmenseigenschaft), insbesondere auch jeder herrschende Nichtunternehmens-GroßA, ein finanzielles Interesse verfolgt und dadurch der AG Nachteile zufügen kann ¹⁾, ist die Existenz eines klaren Abgrenzungskriteriums erforderlich.

Dies wird hier in der Verfolgung einer finanziellen Konzeption gesehen. Wer eine solche Konzeption verfolgt, kann herrschendes (Konzern-) Unternehmen sein, wer nur ein Haushaltsinteresse (Wirtschaftlichkeit und Sparsamkeit, Ersparnis von Aufwendungen) verfolgt, kann nicht herrschendes Unternehmen, sondern nur herrschende Person sein. Damit fehlt denjenigen Personen, welche nur Träger von privaten oder öffentlichen Haushalten sind, die bezeichnete Unternehmensqualität. Daraus folgt, daß auch das in dem obigen ²⁾ Beispielsfall angeführte Verkehrsunternehmen mit Nulltarif, da sein finanzielles Interesse mangels Ertragserzielung ausschließlich dahin gehen kann, Aufwendungen zu ersparen, kein herrschendes Unternehmen sein kann. Daran ändert auch nichts die Tatsache, daß dieses Verkehrsunternehmen eine Leistungskonzeption verfolgt.

1) vgl. §§ 117, 243 II AktG.

2) vgl. S. 119

§ 17 Kleinunternehmungen

Von einem Teil der Literatur wird das Abgrenzungskriterium zwischen herrschendem Unternehmen und herrschender Person in der wahrscheinlichen Häufigkeit und Schwere der Beeinträchtigung gesehen, so daß Kleinunternehmungen keine herrschenden (Konzern-) Unternehmen sein sollen.¹⁾ Andererseits führt dieses Abgrenzungskriterium auch dazu, die bezeichnete Unternehmensqualität juristischer Personen öffentlichen Rechts als Haushaltsträger zu bejahen.²⁾

Diese Auffassung führt zu unlösbaren Schwierigkeiten, weil es keinen Maßstab dafür gibt, wie häufig oder schwer Eingriffe in die abhängige AG sein müssen, um den Unternehmenscharakter der herrschenden Person zu begründen. Außerdem ist nicht eindeutig, wonach die Schwere beurteilt werden soll, ob die Größe der abhängigen AG dabei eine Rolle spielt und ob nur die Wahrscheinlichkeit oder auch die Möglichkeit einzugreifen ausschlaggebend sein sollen. Diese Meinung ist deshalb unbrauchbar, weil sie einen quantitativen Maßstab erfordert. Demgegenüber ist die hier vertretene Abgrenzung Haushaltsinteresse ./.. finanzielle Konzeption qualitativer Natur und erlaubt deshalb eine klare Qualifizierung. Schließlich ist darauf hinzuweisen, daß die hier abgelehnte Auffassung eines Teiles der Literatur bei der Bezeichnung des Unternehmenscharakters mit einem Kriterium arbeitet, das auch zur Umschreibung des Herrschafts- und Abhängigkeitsverhältnisses herangezogen wird, so daß die Befürchtung einer doppelten Verwendung desselben Merkmals naheliegt.

1) so Herrnring S. 57 ff

2) so Biedenkopf-Koppensteiner in Kölner Kommentar § 15 Rdn. 15.

§ 18 Herrschendes Konzernunternehmen kraft Rechtsform ?

Im Anschluß an die beiden zuletzt behandelten Fälle ist zu fragen, ob eine herrschende (juristische) Person, ohne daß es auf die Verfolgung einer finanziellen Konzeption ankommt, schon deshalb als herrschendes (Konzern-) Unternehmen zu qualifizieren ist, weil sie die Rechtsform der AG, KGaA oder GmbH besitzt.

Diese Auffassung wird in der Konzernrechtsliteratur ¹⁾ mit dem Hinweis darauf vertreten, daß das Gesetz ²⁾ sie als Formkaufmann und Handelsgesellschaft bezeichne. Deshalb müßten sie auch als solche behandelt ^{werden} und, da Kaufmann und Handelsgesellschaften herrschende Konzernunternehmen sein könnten, ebenfalls Unternehmenscharakter besitzen.

Dagegen wenden sich Würdinger ³⁾, Biedenkopf und Koppensteiner ⁴⁾. Sie heben hervor, daß die Qualifikation des § 6 HGB nur anwendbar sei für das HGB, nicht aber für einen Unternehmensverband.

Dieser Meinung wird beigetreten. Das Handelsrecht im weiten Sinn teilt sich auf in das Recht des Handelsverkehrs (Handelsrecht im engen Sinn) und das Gesellschaft, welches Organisationsrecht ist. Die Regelung des § 6 HGB bewirkt nur die Behandlung der Kapitalgesellschaften als Kaufleute im Handelsverkehr, auch wenn sie die Voraussetzungen der Laufmannseigenschaft nicht erfüllen. Eine solche Regelung ist im Handelsverkehrsrecht angemessen, weil es im Handelsverkehr dem Kaufmann in gesteigertem Maße darauf ankommt, Geschäfte leicht anknüpfen und möglichst rasch und reibungslos abwickeln zu können sowie möglichst schnell Klarheit zu gewinnen ⁵⁾. Da die Kapitalgesellschaften wohl zu-

1) Bachelin S. 9; Herrnring S. 64 ff; Miegel S. 149 f; Huber ZHR 131/249 f; Raisch JZ 1966/555.

2) §§ 3 AktG, 13 III GmbHG; § 6 HGB.

3) in Festgabe Kunze S. 182.

4) in Kölner Kommentar § 15 Rdn. 13.

5) Müller-Erzbach S. 48 f.

meist ein Handelsgewerbe betreiben, stellt die Pauschalisierung des § 6 HGB für den Handelsverkehr eine dem Zweck des Handelsrechts entsprechende Erleichterung für den Kaufmann dar. Im Gesellschaftsrecht und dem Konzernrecht als einem Teil desselben ist es der abhängigen AG zuzumuten, die erforderliche Sorgfalt aufzuwenden, um zu erkennen, ob eine herrschende Person Unternehmenscharakter besitzt oder nicht - zumal die Abhängigkeits- und Konzernverhältnisse von Dauer sind ¹⁾).

§ 19 Die freien Berufe.

1. Die Konzernunternehmensqualität der Angehörigen freier Berufe wird in der Literatur - von einer Ausnahme ²⁾ abgesehen - abgelehnt ³⁾. Während Schmaltz-Forster-Goerdeler-Havermann bei der Tätigkeit der Angehörigen freier Berufe die Verfolgung eigenständiger wirtschaftlicher Interessen vermissen, betonen Müller und Rieker, die freiberufliche Tätigkeit erfordere keinen wirtschaftlichen Geschäftsbetrieb. Auch werde das Bild dieser Berufe "nicht wie das des wirtschaftlichen Geschäftsbetriebes in erster Linie durch die Absicht, Gewinne zu erzielen, sondern durch anderweitige Zielvorstellungen, die ideeller Art sind, bestimmt". Leo hebt ebenfalls hervor, daß das bei einem Gewerbetreiben-

1) Vgl. oben S. 25

2) Biedenkopf-Koppensteiner in Kölner Kommentar § 15 Rdz. 14.

3) Schmaltz-Forster-Goerdeler-Havermann bei Adler-Düring-Schmaltz, 4.A., Tz 11 vor §§ 311-313; Leo, AG 65/353; Müller-Rieker, Wp 67/202; Baumbach-Hueck § 15 Rdn. 3; Luchterhandt ZHR 132/156 Note 25; Herrnring S. 60 ff.

den vorhandene und die Gefahr der nachhaltigen Beeinflussung einer abh. AG hervorrufende Motiv der Förderung eigener gewerblicher Interessen bei einem freiberuflich tätigen Aktionär keine tragfähige Grundlage finde.

Diese Erwägungen fordern zur Frage heraus, ob nicht eine möglicherweise angebrachte Differenzierung zu teilweise anderen Ergebnissen führen wird. Es trifft zwar zu, daß das Bild der freien Berufe nicht allein durch wirtschaftliche Ziele bestimmt ist. Andererseits ist aber zunächst kein zwingender Grund zu erkennen, der gebieten würde, die Unternehmensqualität deshalb abzulehnen. Die angeführten verneinenden Auffassungen lehnen sich offenbar noch zu sehr an die im Handelsrecht geltende Unterscheidung zwischen Gewerbe und freiem Beruf an.

In der handelsrechtlichen Literatur und Rechtsprechung werden die freien Berufe vom Gewerbe in der Weise abgegrenzt, daß sie eine Tätigkeit höherer Art darstellten, der Allgemeinheit dienten bzw. das Gemeinwohl förderten, die Gewinnabsicht bei ihnen zurück-, dafür die Tätigkeit selbst in den Vordergrund trete und insbesondere die Verkehrsauffassung sie als freie Berufe und nicht als Gewerbe bezeichne.

Diese Argumente sind schon frühzeitig angeführt worden. So hat bereits der II. Senat des Preußischen Oberverwaltungsgerichts in Entscheidungen aus den Jahren 1887 und 1892 die Tätigkeit der Rechtsanwälte und Ärzte charakterisiert. In der ersten Entscheidung ¹⁾ führt das Gericht aus, die werbende Tätigkeit eines Anwalts erschöpfe den Inhalt seiner beruflichen Wirksamkeit in keiner Weise. Die Rechtsanwaltschaft sei ein staatsseitig geordneter, wissenschaftlicher Beruf, der dem Anwalt eine Stellung öffentlich-rechtlicher Natur vermittele. Seine Tätigkeit stehe im Dienste der öffentlichen Rechtspflege, sei also dem Publikum zu dienen bestimmt. Diesem gegenüber übernehme der

1) Entscheidung vom 1. April 1887, Pr.OVG Bd. XV/S. 41 (50).

Rechtsanwalt seinen Beruf und übe er seine Pflichten aus. Somit liege das Schwergewicht der Gesamttätigkeit des Rechtsanwalts nicht in der Möglichkeit finanzieller Erfolge; dagegen trete ihre besondere öffentlich-rechtliche Natur hervor. Auch für den Arzt wird festgestellt, daß nach der "allgemeinen Anschauung" die ars liberalis des Arztes, mit deren Ausübung keineswegs überall wesentlich gerade Vermögensinteressen verfolgt würden, einen gewöhnlichen Gewerbebetrieb ohne weiteres nicht darstelle. ¹⁾

Auf diesen Entscheidungen baute das Reichsgericht auf, indem es die Überzeugung von dem höheren sittlichen Zweck der Berufe des Arztes und des Rechtsanwalts als eine allgemeine bezeichnete. ²⁾ Das eigentümliche und entscheidende Gepräge erhielten beide Berufe dadurch, daß sie fundamentalen, allgemeinen, öffentlichen Zwecken dienten, nämlich der Gesundheitspflege und der Rechtspflege. ²⁾ Ärzte und Rechtsanwälte bekleideten eine eigenartige Stellung öffentlich-rechtlichen Charakters. ³⁾ Die Entscheidung des RG gipfelt in der Auffassung, diese Berufe dienten allgemeinen Interessen, den wichtigsten Gemeininteressen, sie stünden über dem Niveau einer Gelderwerbstätigkeit und dürften nicht auf die Stufe eines gewerblichen Unternehmens herabgezogen werden; Rechtsanwälte und Ärzte seien "Träger geistiger Kräfte im Dienste des Gemeinwohls". ⁴⁾ Auf das Hintanstellen von Gewinnstreben, das sich in den genannten Entscheidungen aus der Zweckbindung der freien Berufe ergab, stellt auch Bondi ⁵⁾ ab. Eine in den Bereich der Kunst und Wissenschaft gehörige Tätigkeit sei deshalb keine gewerbliche, weil sie nicht mittels kaufmännischer oder allenfalls technischer Kenntnisse und Fähigkeiten dem Zweck der Gewinnerzielung nachstrebe. Selbst wenn ein freiberuf-

1) Entscheidung vom 25. November 1892, Pr. OVG Bd. XLIII/S. 39 (44). Ebenso Pr. OVG Bd. XLIV/S. 321 (322) und KG in OLGE Bd. 2 (1901)/S. 278.

2) RGZ 66/148

3) RG aaO S. 150

4) RG aaO S. 148, 150

5) in Staubs Kommentar § 1 Anm. 9.

lich Tätiger Erwerbszwecke verfolge, seien diese doch nicht das seine Tätigkeit beherrschende Streben oder sollten es wenigstens nicht sein. Auch das Kammergericht ¹⁾ betont das Fehlen wesentlicher Vermögensinteressen. Hildebrandt ²⁾ bemerkt ebenso, daß bei den Angehörigen wissenschaftlicher und künstlerischer Berufe der Erwerbszweck gegenüber der ihrem Beruf innewohnenden geistigen Bedeutung zurücktrete. Zum gleichen Ergebnis gelangt Geiler ³⁾. Gegen das Abstellen auf den Dienst an der Allgemeinheit und auf das Zurücktreten von Erwerbszwecken wendet sich Ehrenberg ⁴⁾, indem er entgegnet, daß nicht nur die selbständige Ausübung wissenschaftlicher und künstlerischer Berufe allgemeinen Interessen dienen. Entscheidend für die Einordnung von Tätigkeiten zu denen der freien Berufe sei vielmehr die soziale Anschauung, welche Kunst und Wissenschaft - obwohl sie meist auch um des Erwerbs willen betrieben würden - aus historischen Gründen und wegen ihres ausgeprägt individuellen Charakters aus dem Kreis des Gewerbslebens heraushebe. Nach der ähnlichen Auffassung Ritters ⁵⁾ müßte auch die Ausübung eines künstlerischen und wissenschaftlichen Berufs Gewerbebetrieb sein, wenn sie nach außen erkennbar auf Erwerb abgestellt ist. Die Verkehrsanschauung jedoch wolle es anders und habe "das Gesetz überwunden". Brüggemann ⁶⁾ führt diesen Gedanken fort und wirft der Verkehrsauffassung "eine gewisse Willkür" vor.

Anders als die bisher angeführte Literatur und Rechtsprechung stellen Oppikofer und Wieland auf die Existenz wirtschaftlicher Güter ab. Oppikofer, der das Unternehmen charakterisiert als die (unpersönliche) Organisation wirtschaftlicher

1) in Jahrbuch der Entscheidungen des KG, Band XVI/S. 316, vgl. auch KG in OLGE Band 8 (1904)/S. 91.

2) bei Schlegelberger § 1 Rdn. 25.

3) bei Düringer-Hachenburg § 1 Anm. 7 und § 2 Anm. 3.

4) in Ehrenbergs Handbuch, Zweiter Band S. 18.

5) Komm. zum HGB § 1 Anm. 4a, ff.

6) in Großkommentar HGB § 1 Anm. 13.

Güter ¹⁾, nennt die Persönlichkeit des freiberuflich Tätigen das ausschlaggebende Moment zur Kennzeichnung eines freien Berufes. Erfordere sie auch eine Organisation, so sei diese doch auf die Auswirkung höchstindividueller Kenntnisse und Fähigkeiten gerichtet. ²⁾ Ähnlich hält Rittner ³⁾ die persönliche Leistung des freiberuflich Tätigen für entscheidend. Seine Leistung könne nicht von einem Unternehmen erbracht werden, sie sei in besonderer Weise ethisch bestimmt. Wieland stellt dagegen auf den Einsatz wirtschaftlicher Güter ab. Der Unternehmer übernehme ein Risiko und müsse deshalb auch eine Erfolgsberechnung vornehmen. ⁴⁾ Eine Gewinnbeziehung brauche nicht ausschließlich oder in erster Linie beabsichtigt sein. Deshalb sei auch den wissenschaftlichen und künstlerischen Berufsarten die Gewerbsmäßigkeit nicht abzusprechen. ⁵⁾ Das Abstellen auf das Künstlerische und Wissenschaftliche der Tätigkeit der freien Berufe hält Wieland für verfehlt, da es nur wenige Gewerbe gebe, "deren Ausübung nicht irgendwie wissenschaftliche Kenntnisse oder künstlerisches Können" voraussetze. ⁶⁾ Entscheidend sei nur, ob ein Kapital- oder Arbeitsrisiko eingegangen werde, d.h. also eine auf Gewinn gerichtete, den Einsatz von Kapital oder Arbeit erfordernde Veranstaltung vorliege. ⁷⁾

All die aufgeführten Auffassungen bejahen die Existenz eines Gewerbebetriebes bzw. eines Unternehmens in Händen eines Angehörigen eines freien Berufes jedoch dann, wenn er neben der wissenschaftlichen oder künstlerischen Tätigkeit die von der jeweiligen Auffassung für entscheidend gehaltenen Voraussetzungen eines Gewerbebetriebes bzw.

1) Das Unternehmensrecht S. 9 f.

2) aaO S. 10

3) S. 18 ff

4) Erster Band S. 145 ff.

5) aaO S. 95

6) aaO S. 157

7) aaO S. 158

Unternehmens erfüllt. So wird z.B. der Gewerbebetriebscharakter einer ärztlichen Heilanstalt nach der einen Auffassung nur dann bejaht, wenn ihre Einrichtung auf das Hervortreten der Gewinnerzielungsabsicht durch die Gewährung von Unterkunft und Verpflegung und einen (großen) Mitarbeiterstab schließen läßt, wenn also die Einrichtung nicht nur der Förderung der Tätigkeit selbst dient, sondern einen selbständigen Erwerbszweck erfüllt ¹⁾; nach einer anderen Auffassung dann, wenn die praktisch-technische und die kaufmännische Tätigkeit selbst überwiegt und die individuelle wissenschaftliche zurücktritt ²⁾; nach den Auffassungen Oppikofer und Wielands, wenn das unpersönliche Moment zunächst gleichwertig neben das persönliche tritt ³⁾ bzw. wenn ein Kapital- und/oder Arbeitsrisiko eingegangen wird. ⁴⁾

2. Auch bei der Frage der Konzernunternehmensqualität der Angehörigen freier Berufe ist unter Betrachtung der dargebotenen Charakterisierungsmerkmale das für den konzernrechtlichen Zusammenhang entscheidende Element zu suchen. Dabei mag es dahinstehen, ob der "freie Beruf" vom Kaufmannsbegriff zutreffend abgegrenzt wurde. Denn diese Abgrenzung betrifft das Handelsverkehrsrecht. Sie ist für das Konzernrecht, dem organisatorische Gesichtspunkte zugrunde liegen, nicht bindend.

In den vorangegangenen Fällen wurde die Verfolgung einer finanziellen Konzeption als das Kriterium für die Qualifizierung als herrschendes (Konzern-) Unternehmen entwickelt. Dieser Gedanke ist auch für den Bereich freiberuflicher Tätigkeit fruchtbar.

-
- 1) Pr.OVG Bd. XXIV/322; KG in Jahrb. d. Entsch. des KG Bd. XVI/316 f; KG in OLGE 2/278; KG in OLGE 8/91 f; Staub-Bondi § 1 Anm. 9; Schlegelberger-Hildebrandt § 1 Rdn. 25; Ritter HGB § 1 Anm. 4a ff; Düringer-Hachenburg-Geiler § 2 Anm. 3; Würdinger-Brüggemann § 1 Anm. 13.
- 2) Ehrenberg aaO S. 19
- 3) Oppikofer S. 10 f. Das Organisatorische der Unternehmung betont auch Veil S. 96 ff. Ähnlich Nell-Breuning in Festgabe Kronstein S. 58: "Unternehmer ist, wer mit ökonomischer Zielsetzung die Produktionsfaktoren kombiniert und zur Kooperation führt."
- 4) Wieland aaO S. 157 f; ähnlich Böhm in Festgabe Kronstein S. 24: "Die Aufgabe des Unternehmers besteht darin, Kapital und Arbeit zu einem Produktionserfolg zu kombinieren"

Tatsächlich handeln die Angehörigen freier Berufe - wie in der Literatur unbestritten ist - auch in Verfolgung von Erwerbszwecken, also regelmäßig mit der Absicht der Gewinnerzielung. Hier bleibt jedoch zu bedenken, daß die freiberuflich Tätigen auch Träger privater Haushalte sind und man deshalb zu der Annahme verleitet werden könnte, die Absicht der Gewinnerzielung trete durch die Gewinnverwendung für private Haushaltszwecke in den Hintergrund. Dies trifft jedoch nicht zu. Auch eine Gemeinde, die den ganzen Gewinn eines Eigenbetriebes ihrem Haushalt überweist, kann aufgrund der Existenz dieses Eigenbetriebes herrschendes Konzernunternehmen sein, wenn sie etwa als GroßA in eine AG beherrscht. ¹⁾ Demzufolge ist auch in dem parallelen Fall durch die Verwendung von Gewinn aus gewerblicher oder beruflicher Tätigkeit für einen privaten Haushalt eine eventuell ansonsten begründete Konzernunternehmensqualität nicht ausgeschlossen. Es kommt nur darauf an, auf welche Weise und mit welchen Mitteln die Einkünfte erworben werden. Werden sie in Verfolgung einer Gewinn- oder sonstigen finanziellen Konzeption erreicht, so kann grundsätzlich auch der freiberuflich Tätige als GroßA gegenüber der AG herrschendes Konzernunternehmen sein.

Des Aufsuchens von Indizien für das Vorhandensein einer finanziellen Konzeption bedarf es bei den freien Berufen nicht. Sie dienen alle auch dem Erwerb. Der Angehörige eines freien Berufes, der seine Tätigkeit ausübt, ohne auf einen Gewinn abzielen oder zumindest ohne nach einer Vermeidung eines möglichen oder Verminderung eines tatsächlichen Verlustes zu streben, existiert nicht oder doch nur in äußerst seltenen Ausnahmefällen.

Weitere Bedenken könnte jedoch die Tatsache hervorrufen, daß die freiberuflich Tätigen in der Verfolgung ihrer finanziellen Konzeption irgendwie gebunden sind. Dies wurde jedoch auch bereits in den bisher behandelten Fällen festgestellt. Auch wer eine handelsbetriebliche oder sonstige

1) Vgl. oben S. 107

Tätigkeit ausübt, ist dadurch in der Verfolgung seiner finanziellen Konzeption beschränkt, daß er eine Leistungskonzeption verwirklichen, also knappe Güter produzieren und/oder verteilen muß, um überhaupt Erträge erzielen zu können. ¹⁾ In ähnlicher Weise sind auch die wissenschaftlichen und künstlerischen Berufe in der Verfolgung ihrer finanziellen Konzeption nicht völlig frei.

So ist für Ärzte und Rechtsanwälte bereits ausgesprochen worden, daß sie eine Stellung öffentlichrechtlichen Charakters innehaben ²⁾. Bundesrechtsanwaltsordnung und Bundesärzteordnung enthalten Aussagen über die Gemeinnützlichkeits ³⁾ der beiden Berufe einschließlich entsprechender Berufspflichten ⁴⁾; desgleichen die Bundesnotarordnung ⁵⁾. Der Gewerbecharakter dieser Berufe wird in den genannten Gesetzen ausdrücklich ausgeschlossen. ⁶⁾ Die Verpflichtungen zu einem gemeinnützlichen Verhalten mögen die Verfolgung einer finanziellen Konzeption erschweren oder beschränken, können sie aber nicht unmöglich machen.

Die Ausübung künstlerischer Berufe wie die des Schriftstellers, Malers, Bildhauers, Graphikers, Dirigenten und Schauspielers sind nicht durch Berufsordnungen geregelt. Diese Berufsangehörigen sind demnach in der Verwirklichung von Erwerbszielen nicht durch gesetzliche Regelungen beschränkt, sondern lediglich durch ihr Interesse an der künstlerischen Betätigung selbst. Sie werden möglicherweise eine weniger gewinnbringende künstlerische Tätigkeit einer einen größeren Gewinn versprechenden Betätigung vorziehen, wenn ihnen die erstgenannte Tätigkeit eine größere künstlerische Befriedigung verspricht. Sie handeln also nicht nur zwecks Befriedigung von Gewinninteressen, sondern be-

1) vgl. oben S. 100 mit Note 3

2) RGZ 66/150

3) § 1 BRAO: "Der Rechtsanwalt ist ein unabhängiges Organ der Rechtspflege." § 1 I BArzteO vom 2.Okt. 1961 (BGBl I 1857): "Der Arzt dient der Gesundheit des einzelnen Menschen und des gesamten Volkes."

4) Vgl. §§ 43 ff BRAO

5) vgl. dort § 1 und §§ 14 ff.

6) vgl. § 2 II BRAO, § 2 S. 3 BNotO, § 1 II BÄrzteO.

rücksichtigen regelmäßig in erheblichem Maße künstlerische Zielvorstellungen. Diese können auch zu den Hauptzielen ihres Handelns werden, zu dem alleinigen Ziel jedoch nur in den seltenen Fällen von ausschließlich künstlerischer Betätigung ohne Rücksicht auf Erwerbszwecke. In diesen Ausnahmefällen besteht das einzige finanzielle Interesse des Künstlers darin, Aufwendungen zu ersparen, nicht aber, Erträge zu erzielen. Er kann unter diesen Voraussetzungen kein herrschendes (Konzern-)Unternehmen sein.

Es ist folglich davon auszugehen, daß die Angehörigen wissenschaftlicher und künstlerischer Berufe neben ihren gemeinnützigen Motiven auch eine finanzielle Konzeption besitzen. Die Tatsache des künstlerischen und wissenschaftlichen Elementes der Tätigkeit freier Berufe darf in diesem Zusammenhang nicht dazu verleiten, bei der zuweilen übertriebenen Idealisierung dieser Berufe ¹⁾ die wirtschaftliche oder finanzielle Komponente ihrer Ausübung zu ignorieren. Es ist auch falsch, mit dem Argument der Verkehrsanschauung diese Idealisierung zu kaschieren. Da den selbständig arbeitenden Angehörigen freier Berufe eine finanzielle Konzeption eigen ist, könnten sie, wenn sie Großae sind, als herrschende Konzernunternehmungen bezeichnet werden.

Hier erhebt sich jedoch die Frage, ob die widerlegliche Vermutung des § 18 I 3 AktG bereits dann gelten soll, wenn z.B. ein freischaffender Instrumentalkünstler zufällig eine erhebliche Beteiligung an einem Unternehmen der chemischen Industrie besitzt. Wird dem Freischaffenden bereits aufgrund der Verfolgung einer finanziellen Konzeption die Qualität eines h.Us zugesprochen, dann muß er bis zur Widerlegung als herrschendes Konzernunternehmen betrachtet werden. Obwohl die Vermutung des § 18 I 3 in solchen Fällen ohne jede Schwierigkeit widerlegt werden kann, könnte die Meinung vertreten werden, daß dieser Umweg nicht erforderlich und der Situation der freien Berufe nicht angemessen sei; diesem

1) Vgl. RGZ 66/148 und 150.

fehle bereits die Unternehmensqualität. Diese Ansicht wird von der angeführten Konzernrechtsliteratur ¹⁾ mit dem Fehlen der Förderung oder Verfolgung eigenständiger wirtschaftlicher bzw. gewerblicher Interessen sowie mit dem Vorhandensein ideeller Zielvorstellungen begründet. Daß es bei den freien Berufen an wirtschaftlichen Interessen i.S. der Verfolgung einer finanziellen Konzeption nicht mangelt, wurde bereits dargelegt. Auch die Verfolgung regelmäßig gemeinnützlicher wissenschaftlicher oder künstlerischer Zwecke ist - wie soeben angedeutet - kein ausreichendes Gegenargument. Würde man dem Argument der ideellen und gemeinnützlichen Zweckverfolgung zustimmen, so dürfte z.B. eine Unterscheidung zwischen einem "der Gesundheit des einzelnen Menschen und des gesamten Volkes" dienenden Arzt und dem nicht als Freiberuflicher betrachteten Apotheker ²⁾, dem "die im öffentlichen Interesse gebotene Sicherstellung einer ordnungsgemäßen Arzneimittelversorgung der Bevölkerung" obliegt ³⁾, nicht gemacht werden. Daß dies unter Beibehaltung der Trennung zwischen freiberuflicher und gewerblicher Tätigkeit - wie sie dargelegt wurde - auch in konzernrechtlichem Zusammenhang eine willkürliche Privilegierung der bisher als "frei" betrachteten Berufe darstellen würde, wird an diesem Beispiel offenbar.

Letztlich ist noch daran zu denken, daß die Branchenverschiedenheit zwischen der Betätigung eines gewerblichen Unternehmens und der Tätigkeit eines an einem solchen Unternehmen erheblich beteiligten Angehörigen eines freien Berufes dazu führen könnte, daß der freiberuflich Tätige gegenüber dem gewerblichen Unternehmen niemals seine beruflichen Interessen, sondern immer nur private Haushaltsinteressen verfolgen würde. Unter dieser Voraussetzung könnte die Verfolgung einer finanziellen Konzeption gegenüber dem ge-

1) Vgl. oben S. 126

2) Vgl. Brüggenmann in Großkommentar HGB § 1 Anm. 13.

3) so § 1 I des Gesetzes über das Apothekenwesen vom 20. Aug. 1960 (BGBl I 697).

werblichen Unternehmen nicht wirksam werden. Der Angehörige eines freien Berufes könnte nicht herrschendes Konzernunternehmen sein. Dem ist jedoch entgegenzuhalten, daß eine Branchenverschiedenheit auch innerhalb der gewerblichen Wirtschaft nicht als unternehmensausschließendes Merkmal betrachtet wird. ¹⁾ Eine Branchenverschiedenheit in dem besonderen Verhältnis eines Freiberuflichen zu einem gewerblichen Unternehmen kann damit einen Extremwert erreichen, muß dies jedoch nicht. ²⁾ Als entscheidendes Argument zur Ablehnung der Konzernunternehmensqualität der Angehörigen freier Berufe kann die Branchenverschiedenheit nicht dienen.

Hiernach ist auch derjenige GroBh.U. gegenüber "seiner" AG, welcher einen freien Beruf ausübt. Die Widerlegung der Vermutung des § 18 I 3 AktG wird jedoch in den meisten Fällen gelingen, so daß ein Konzernverhältnis nur bis zur gelungenen Widerlegung dieser Vermutung zu bejahen ist.

§ 20 Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts.

Ob eine GbR herrschendes (Konzern-) Unternehmen sein kann, ist eine Frage, deren Lösung Schwierigkeiten bereitet.

In einer GbR werden die Voraussetzungen für die Einflußnahme auf eine AG dadurch geschaffen, daß die Gesellschafter der GbR ihre Aktien an derselben ³⁾ AG in die GbR

1) Vgl. oben S. 80 mit Note 1

2) Man vergleiche z.B. das Verhältnis Schriftsteller ./.. Verlag, Architekt ./.. Bauunternehmen.

3) Die GbR kann in der Weise Aktionärin werden, daß die Gesellschafter Bruchteilseigentum oder Gesamthandseigentum an den Aktien vereinbaren; Willenberg S. 161 f.

einbringen ¹⁾ oder indem zwar jeder Gesellschafter für sich Alleineigentümer der Aktien bleibt, jedoch die Gesellschaft legitimiert wird ²⁾, die Aktionärsrechte, insbesondere das Stimmrecht in Gemeinschaft auszuüben. Haben sich Aktionäre nur zwecks gemeinschaftlicher Ausübung ihrer Stimmrechte zusammengeschlossen, so wird die GbR ³⁾ weder Eigentümerin noch Legitimationszessionarin; sie ist bloßes Stimmrechtskonsortium ⁴⁾. In diesem Falle wird zwar nicht das Stimmrecht, wohl aber - sofern nicht nur eine gegenseitige Beratungspflicht, sondern die Pflicht zur Bildung eines gemeinsamen Willens sowie der Ausführung desselben vereinbart ist ⁵⁾ - die Stimmenmacht vergemeinschaftet.

Im folgenden ist danach zu unterscheiden, ob sich die GbR selbst gewerblich oder beruflich betätigt oder nicht. Dabei wird der Einfachheit halber davon ausgegangen, daß die Aktien der Gesellschafter Gesellschaftsvermögen geworden sind.

1. Ein Gewerbe betreibt die GbR immer dann, wenn sie z.B. einen Zusammenschluß von Minderkaufleuten, Land- oder Forstwirten oder von Handwerkern darstellt, die als Gesellschaft ihr Gewerbe betreiben. ⁶⁾ Eine GbR ist aber auch dann gewerblich tätig, wenn sie nur einzelne Funktionen des Gewerbes ihrer Gesellschafter übernimmt. Somit sind die Funktionsgemeinschaften ⁷⁾, die häufig Gesellschaften bürgerlichen Rechts darstellen ⁸⁾, ebenfalls Gewerbetreibende

1) Es ist dann gemäß § 69 I ein gemeinschaftlicher Vertreter zu bestellen.

2) Vgl. darüber Würdinger S. 56 f; Baumbach-Hueck § 68 Rdn. 19 ff; Wilhelm Ludewig S. 118 ff; Deuß S. 18 ff; Wiedemann S. 288, 365.

3) Daß es sich bei einem Stimmrechtskonsortium unabhängig von der Existenz eines Gesellschaftsvermögens um eine GbR handelt, ist allgemeine Auffassung; vgl. Willenberg S. 155 mit weiteren Nachweisen.

4) Diese Gestaltung ist am häufigsten, vgl. Willenberg S. 157. Über den Abschluß solcher Verträge vgl. Böckli S. 69.

5) Vgl. Ballerstedt JuS 63/262

6) Vgl. auch Müller-Rieker, Wp 67/202.

7) vgl. oben S. 9

8) Müller-Rieker aaO S. 202.

in dem hier verstandenen Sinn ¹⁾). Sie verfolgen eine eigene finanzielle Konzeption, auch wenn sie zum Zwecke der Förderung der Unternehmen der Gesellschafter gegründet wurden. Es kann keinen Unterschied ausmachen, ob eine AG oder eine GbR als Funktionsgemeinschaft z.B. ein Transportunternehmen betreibt. Die gewerblich tätige GbR ist also herrschendes Konzernunternehmen gegenüber einer von ihr abhängigen AG. ²⁾

Eine in der Rechtsform der GbR ³⁾ gegründete Arbeitsgemeinschaft ist ebenfalls Gewerbetreibende in der hier gebrauchten Version ⁴⁾, wenn auch ihre Existenz nur den Zweck der Bewältigung eines oder einiger Projekte verfolgt. Vorauszusetzen ist jedoch auch hier die Existenz einer "eigenen" finanziellen Konzeption der Arbeitsgemeinschaft. Die Arbeitsgemeinschaft, die regelmäßig nur bei Großprojekten gegründet wird, wird in der Regel auf Dauer angelegt sein, so daß von ihr eine wirksame Einflußnahme auf die Leitung einer abh. AG ausgehen kann. Das von Müller und Rieker ⁵⁾ vorgetragene Argument, die Arbeitsgemeinschaft würde sich auf den Abschluß eines oder einiger Geschäfte beschränken, ist unzutreffend, da die Durchführung des Großprojektes den Abschluß mehrerer oder vieler Geschäfte seitens der Arbeitsgemeinschaft erfordert. Darüber hinaus widersprechen sich Müller und Rieker, wenn sie den Minderkaufmann, der keinen kaufmännischen Geschäftsbetrieb besitzt, als Konzernunternehmen betrachten ⁶⁾, der Arbeitsgemeinschaft aber wegen der Beschränkung ihrer Tätigkeit auf nur wenige Geschäfte keine Konzernunternehmensqualität beimessen.

1) zurückhaltend Müller-Rieker aaO S. 203.

2) Baumbach-Hueck, § 15 Rdn. 5; Schäfer BB 66/231; Adler-Düring-Schmaltz, Rdn. 11 vor §§ 311-313; Werner NB 67/Heft 4 S. 2; Biedenkopf-Koppensteiner in Kölner Kommentar § 15 Rdn. 13; Möhring-Pank in Handbuch Tz. 705.

3) Die Arbeitsgemeinschaft als gewerbetreibende GbR darf nicht nur Innengesellschaft sein. Auch diese Gestaltungsform kommt bei Arbeitsgemeinschaften vor, vgl. v. Wallis S. 12

4) Bejahend Adler-Düring-Schmaltz aaO; ablehnend Müller-Rieker Wp 67/203.

5) aaO S. 203

6) aaO S. 202

2. Größere Schwierigkeiten bereitet die Frage, ob die GbR auch dann herrschendes Konzernunternehmen gegenüber der AG ist, wenn sie selbst kein Gewerbe betreibt.

a) Besitzen die Gesellschafter-Aktionäre selbst keine Unternehmensqualität, so verleiht die Vergemeinschaftung der Willensbildung allein der GbR nicht die Fähigkeit, herrschendes Konzernunternehmen zu sein. ¹⁾

Zu einem anderen Ergebnis könnte man gelangen, wenn die Gesellschafter der GbR selbst Unternehmen i.S. des Konzernrechts sind. Kropff ²⁾, Baumbach-Hueck ³⁾ und Rasch ⁴⁾ bejahen in diesem Fall die Unternehmensqualität der GbR. Schäfer ⁵⁾, Werner ⁶⁾ und Janberg-Schlaus ⁷⁾ verneinen sie, da die GbR keine selbständige wirtschaftliche Tätigkeit entfalte. Auch Bachelin ⁸⁾ und Luchterhandt ⁹⁾ zeigen eine ablehnende Haltung. Obermüller-Werner-Winden ¹⁰⁾ sind zurückhaltend, betrachten jedoch die zwischen den Gründer-Unternehmen eines Gemeinschaftsunternehmens häufig bestehende GbR als (herrschendes) Unternehmen.

Entscheidend für die Lösung dieses Falles ist die Beantwortung der Frage, ob die GbR eine konzernmäßige Interessenkollision bewirken kann. Dies ist ihr dann möglich, wenn sie eine sich von den verschiedenen konkreten finanziellen Konzeptionen ihrer Gesellschafter unterscheidende finanzielle Konzeption gegenüber der AG verfolgen kann. Die von der GbR verfolgte finanzielle Konzeption wird bestimmt von den Gesellschaftern, und - da diese Unternehmen sind - also von deren jeweiligen finanziellen Konzeptionen. Dabei muß man davon ausgehen, daß es jedem Gesellschafter darauf ankommt, daß die GbR ihren Einfluß auf die AG dazu verwen-

1) Ebenso Biedenkopf-Koppensteiner in Kölner Kommentar § 15 Rdn. 13; Würdinger in Großkomm. AktG, §§ 15-19 Vorb. II 3b; offenbar anderer Ansicht Möhring-Tank in Handbuch Tz 705.

2) BB 65/1285

3) § 15 Rdn. 5

4) S. 39 für den Fall der sog. Mehrmütterorganschaft.

5) BB 66/231

6) NB 67/Heft 4 S. 2

7) AG 67/38

8) S. 12 f

9) ZHR 132/159

10) S. 172

det, diese zu einem für ihn vorteilhaften Verhalten zu veranlassen. Wie die finanzielle Konzeption der GbR aussehen wird, die Interessen welchen Gesellschafter oder welcher Gesellschafter in die finanzielle Konzeption der GbR ganz oder teilweise einfließen werden, hängt von dem jeweiligen Entschluß des einzelnen Unternehmer-Gesellschafter ab sowie von dem Abstimmungsmodus bei der Bildung des Gesamtwillens. Wird Einstimmigkeit vorausgesetzt, so setzen die Entscheidungen der GbR einen Kompromiß unter den Gesellschaftern voraus. Dasselbe gilt auch bei der Bildung des Gesamtwillens durch das Fällen von Mehrheitsentscheidungen für die die Mehrheit bildenden Gesellschafter ¹⁾. Hierbei ist anzumerken, daß die überstimmten Gesellschafter bei der gemeinschaftlichen Ausübung der GbR-Gesellschaftsrechte und des sonstigen Einflusses am meisten von ihren ursprünglichen Vorstellungen bezüglich der Entscheidung der GbR abrücken müssen. Das bedeutet, daß sowohl bei der Durchführung des Einstimmigkeits- als auch des Mehrheitsprinzips in der GbR die verschiedenen finanziellen Konzeptionen der Gesellschafter in die Willensbildung der GbR einfließen können. Infolge der Notwendigkeit der Kompromißfindung unter den Gesellschaftern geschieht dies jedoch jeweils nur zum Teil. Damit steht fest, daß die GbR als GroßAin gegenüber der AG eine finanzielle Konzeption verfolgt, die insofern eine "eigene" ist, als sie sich von den verschiedenen Konzeptionen ihrer einzelnen Gesellschafter unterscheidet. Somit ist die GbR bis zur Widerlegung der Vermutung des § 18 I 3 herrschendes Konzernunternehmen gegenüber der AG, an der sie erheblich beteiligt ist. ²⁾

Dieses Ergebnis bedarf jedoch insofern einer Korrektur, als noch ein Sonderfall behandelt werden muß, der eine andere Entscheidung erfordert. Es handelt sich um den Fall

1) Hier wird davon ausgegangen, daß zur Bildung einer Mehrheit immer mehrere Gesellschafter erforderlich sind.

2) Im Ergebnis ebenso Koppensteiner ZHR 131/311; Harms S. 271.

der Beherrschung der GbR durch einen ihrer Gesellschafter. Es ist möglich, daß die Abstimmung in der GbR nach den Nennbeträgen derjenigen Aktien erfolgt, welche die Gesellschafter in die GbR eingebracht haben, und die Mehrheit der Stimmen zur Beschlußfassung genügen soll. In diesem Fall kann ein Gesellschafter, der die Mehrheit der Aktiennennbeträge in die GbR einbrachte, immer allein das Verhalten der GbR gegenüber der AG bestimmen.

Die Entscheidung bzgl. der GbR als herrschendem Konzernunternehmen ging aber davon aus, daß entweder Einstimmigkeit gefordert werde oder Mehrheitsentscheidungen ohne die Beherrschungsmöglichkeit durch einen Gesellschafter gefällt würden. Bei diesen rechtlichen Gestaltungen besteht grundsätzlich die Möglichkeit, daß der durch die Gesellschafterbeschlüsse der GbR gefundene gemeinschaftliche Wille und besonders das durch ihn zu verwirklichende gemeinschaftliche Interesse der GbR nicht mit dem vor der und durch die Beschlußfassung verfolgten Interesse eines einzelnen Gesellschafters identisch ist. Die nicht beherrschte GbR, die selbst kein Gewerbe betreibt, deren Gesellschafter jedoch Unternehmensqualität besitzen, hat also eine unternehmensinteressenamalgamierende Funktion. Durch die Gesellschafterbeschlüsse wird ein neues (Gemeinschafts-) Interesse fixiert.

Demgegenüber stimmt die finanzielle Konzeption der von einem Gesellschafter beherrschten GbR immer mit der dieses herrschenden GbR-Gesellschafters überein. Das für die GbR unternehmensqualifizierende Moment fehlt also in diesem Falle. Die GbR als GroßAin gibt somit nur die Entscheidungen eines ihrer Gesellschafter, die dieser in Verfolgung seiner gewerblichen Interessen trifft, an die AG weiter. Die GbR beherrscht zwar die AG, ist jedoch nicht Unternehmen. Die von einem ihrer Gesellschafter beherrschte GbR ist nur herrschende Person.¹⁾ Der die GbR beherrschenden-

1) Person i.S. eines rechtlich selbständigen Nichtunternehmers.

de Gesellschafter, der - wovon ausgegangen wurde - Unternehmensqualität besitzt, ist demnach unmittelbar herrschendes Unternehmen gegenüber der AG, deren Anteile sich in Händen der GbR befinden. ¹⁾

- b) Auch die Gründerunternehmen eines Gemeinschaftsunternehmens können eine Leitungs-GbR bilden, in der sie insbesondere darüber entscheiden, zu welchen Maßnahmen oder Rechtsgeschäften sie das Gemeinschaftsunternehmen veranlassen sollen. Daß die Gründer- bzw. Gesellschafterunternehmen eines Gemeinschaftsunternehmens ein besonderes Interesse an einer maßgeblichen Beeinflussung der Geschäftsführung des Gemeinschaftsunternehmens haben, erklärt sich daraus, daß in dem Gemeinschaftsunternehmen die aus den Gesellschafterunternehmen ausgegliederten unternehmerischen Funktionen zusammengefaßt sind. ²⁾ Insbesondere bedarf es einer Leitungs-GbR zur gemeinsamen Beratung und Willensbildung über diejenigen Entscheidungen, die in der Hauptversammlung eines Gemeinschaftsunternehmens (in der Rechtsform der AG) nicht getroffen werden. Unscharf ist dagegen das vom Arbeitskreis Hardach ³⁾ gebildete Beispiel eines Gemeinschaftsunternehmens, das abh. Konzernunternehmen sei, weil ein Gründerunternehmen an ihm mit Mehrheit beteiligt sei und ihm gegenüber "im Einvernehmen mit den anderen Gesellschaften eine einheitliche Leitung" ausübe. Während Luchterhandt ⁴⁾ die Leitungs-GbR der Gründerunternehmungen nicht als herrschendes Konzernunternehmen betrachtet, ist ihr diese Qualität nach der hier vertretenen Auffassung beizumessen.

Verfehlt ist deshalb auch die Auffassung, durch eine Gemeinschaftsgründung entstehe ein Gleichordnungskonzern. ⁵⁾

1) So auch für den Fall der Stimmrechtsbindung Janberg-Schlaus AG 67/38, Luchterhandt ZHR 132/159.

2) Arbeitskreis Hardach, ZfbF 1969/17.

3) ZfbF 1969/7

4) ZHR 132/164 f

5) Luchterhandt aaO

Ein solcher kann nur entstehen, wenn die Gründerunternehmen bei der Gründung eines von ihnen abh. Gemeinschaftsunternehmens untereinander eine gleichordnende gemeinschaftliche Leitung der Gründerunternehmen selbst vereinbaren oder auf ein Gemeinschaftsunternehmen, das als geschäftsführende Holdinggesellschaft die Gründerunternehmen einheitlich leitet, paritätisch Einfluß nehmen können.

- c) Koppensteiner ¹⁾ sieht bei der Anwendung der §§ 311 ff auf die nicht selbst gewerblich tätige GbR als faktisch herrschendes Konzernunternehmen zwei Schwierigkeiten, die jedoch ein anderes Ergebnis bei der Beurteilung der GbR nicht rechtfertigen.

Da die abhängige AG Rechtsgeschäfte nicht mit der GbR, die kein Gewerbe betreibt, sondern mit deren Unternehmer-Gesellschaftern abschließen wird, könnte deren Erwähnung im Abhängigkeitsbericht zweifelhaft sein. Die Rechtsgeschäfte der AG werden jedoch regelmäßig auf Veranlassung und immer im Interesse der GbR abgeschlossen werden, so daß sie von § 312 I 2 durchaus erfaßt werden.

Liegt die Geschäftsführung und Vertretung der GbR gemäß der gesetzlichen Regel (§ 709 BGB) in den Händen aller Gesellschafter, so sind diese sowohl nach § 317 I 1 als auch nach § 317 III ²⁾ ersatzpflichtig. Koppensteiner ³⁾ schlägt deshalb, um zu der vom Gesetz gewollten Doppelhaftung zugunsten der abh. AG zu gelangen, eine Haftung der für den Schaden verantwortlichen gesetzlichen Vertreter der der GbR angehörenden Unternehmer-Gesellschafter in entsprechender Anwendung des § 317 III vor.

1) ZHR 131/322 ff

2) Unter dem Begriff des gesetzlichen Vertreters i.S. der §§ 309, 317 II fallen auch die Vertreter der OHG (Amtl. Begründung RegE § 298); für Anwendung auf die Vertreter der GbR Koppensteiner aaO S. 321.

3) aaO S. 323, 321.

§ 21 Die Erbengemeinschaft.

Eine Personenmehrheit kann eine finanzielle Konzeption auch als Erbengemeinschaft verfolgen, wenn sie die gewerbliche oder selbständige berufliche Tätigkeit des Erblassers weiterführt.

Auch eine Erbengemeinschaft kann von einem der Erben beherrscht werden, wenn ihm mehr als die Hälfte des Nachlasses zugewendet wurde. Da in der Erbengemeinschaft mit Stimmenmehrheit beschlossen wird und diese nach der Größe der Anteile am Nachlaß zu berechnen ist (§§ 2038 II 1, 745 I BGB), ist die Stimme des Mehrheitserben bei den Beschlüssen der Erbengemeinschaft allein entscheidend. Anders als bei der Beherrschung einer GbR ohne eigene wirtschaftliche Betätigung¹⁾ verfolgt die hier behandelte Erbengemeinschaft selbst eine ertragsorientierte Tätigkeit. Deshalb kann sie herrschendes (Konzern-) Unternehmen sein²⁾, ohne daß es darauf ankommt, ob die Erben auch ohne dieses gemeinschaftliche Streben Unternehmenscharakter besitzen und ob die Erbengemeinschaft von einem Miterben beherrscht wird oder nicht.

Verfolgt die Erbengemeinschaft jedoch keine finanzielle Konzeption durch wirtschaftliche Betätigung, sondern verwaltet sie nur eine Großbeteiligung an einer AG, so ist sie wie eine GbR ohne wirtschaftliche Betätigung³⁾ zu behandeln. Besitzen die Miterben Unternehmenscharakter und kann die Erbengemeinschaft von keinem Miterben beherrscht werden, so ist die Erbengemeinschaft herrschendes Konzernunternehmen durch die Vergemeinschaftung der einzelnen finanziellen Konzeptionen der Miterben. Wird diese Erbengemeinschaft durch einen Unternehmens-Miterben beherrscht, ist sie nur herrschende Person, der Unternehmens-Miterbe unmittelbar herrschendes Konzernunternehmen.

1) vgl. oben S. 140 f

2) im Ergebnis ebenso z.B. Möhring-Tank in Handbuch Tz.705.

3) vgl. oben § 20 unter Nr. 2a.

§ 22 Der Verein.

Ein Verein kann ebenfalls eine finanzielle Konzeption verfolgen. Dies gilt insbesondere für einen wirtschaftlichen Verein gemäß § 22 BGB, der dann gegeben ist, wenn der Verein durch einen nach außen gerichteten Geschäftsbetrieb für sich oder seine Mitglieder Vermögensvorteile zu erreichen beabsichtigt. ¹⁾

Aber auch ein Idealverein gemäß § 21 BGB, z.B. ein großer Sportverein, kann seine Betätigung darauf ausrichten, durch bestimmte Leistungen - gegenüber den Mitgliedern und Dritten - Erträge zu erzielen, sei es zum Zwecke der Gewinnmaximierung, der Kostendeckung oder der Verlustminimierung. Den Hauptzweck der Vereinstätigkeit braucht die Verfolgung einer finanziellen Konzeption nicht darzustellen. Somit können auch Vereine herrschende Konzernunternehmen gegenüber einer AG sein, an der sie erheblich beteiligt sind.

§ 23 Die Genossenschaft.

Die Beteiligungsmöglichkeiten für Genossenschaften sind durch § 1 II GenG eingeschränkt. Gleichwohl kann auch eine Genossenschaft Großaktionärin sein, z.B. wenn sie einen genossenschaftlichen Betrieb als AG ausgründet. Genossenschaften müssen ^{die} Unternehmungen oder Hauswirtschaften ihrer Mitglieder unmittelbar fördern und diesen

1) Vgl. Staudinger-Coing, § 21 Rdn. 14 f; Soergel-Schultze-v. Lasaulx, § 21 Rdn. 5 ff; BGHZ 45/395, 397.

Zweck mittels eines Geschäftsbetriebes verfolgen (§ 1 I GenG). Es genügt nicht, daß sie ihre Tätigkeit nur auf Gewinnerzielung und -Ausschüttung an die Genossen ausrichten ¹⁾, wie dies bei den Handelsgesellschaften die Regel ist. Die Genossenschaften geben vielmehr die von ihnen erreichten wirtschaftlichen Vorteile direkt an die Mitglieder weiter. So geht es z.B. den Einkaufsgenossenschaften darum, die Waren und Dienstleistungen zu einem möglichst niedrigen Preis an die Genossen weiterzugeben, den Verkaufsgenossenschaften darum, den Genossen einen möglichst hohen Preis zahlen zu können. Alle diese wirtschaftlichen Güter laufen jedoch durch die Genossenschaft hindurch. Diese ist deshalb darauf angewiesen, Erträge zu erzielen. Auch wenn die Genossenschaft darauf verzichtet, für sich möglichst hohe Gewinne zu erreichen, so muß sie doch auf Dauer zumindest nach dem Kostendeckungsgrundsatz oder (vorübergehend) nach dem Zuschußprinzip handeln. ²⁾ Sie verfolgt also eine finanzielle Konzeption. Diese wird zwar durch die finanziellen und Leistungskonzeptionen oder auch nur die Haushaltsinteressen der Genossen bestimmt, ist aber eine eigene finanzielle Konzeption der Genossenschaft.

Damit steht fest, daß auch Genossenschaften die Voraussetzung für die Qualifikation als herrschende Konzernunternehmen erfüllen.

1) Paulick § 5 II, S. 51.

2) vgl. hierzu auch § 19 GenG.

§ 24 Der Großaktionär mit mehreren Beteiligungen.

Umstritten ist die Unternehmensqualität eines GroßAs dann, wenn er eine weitere Beteiligung besitzt, die ihm gestattet, auch auf dieses zweite Unternehmen beherrschend einzuwirken (GroßA mit Zweitbeteiligung). Hier fragt es sich, ob der Großaktionär h.U und kraft der Vermutung des § 18 I 3 AktG herrschendes Konzernunternehmen ist.

1. a) In der Literatur wird die Auffassung, daß ein GroßA mit einer weiteren erheblichen Beteiligung herrschendes Konzernunternehmen sei, teils abgelehnt, teils bejaht.

Müller-Rieker ¹⁾ und Schäfer ²⁾, die den Unternehmensbegriff an die Existenz eines Geschäftsbetriebes knüpfen, betrachten den GroßA mit einer weiteren Beteiligung nur dann als herrschendes Konzernunternehmen, wenn er einen eigenen Geschäftsbetrieb unterhält, in dem Geschäftsführungsangelegenheiten der beiden Aktiengesellschaften bearbeitet werden. Erst vermittelt eines solchen Geschäftsbetriebes trete sein Inhaber nach außen, ähnlich wie ein Kaufmann, in Erscheinung. Daran könne dann der Abschlußprüfer das herrschende Konzernunternehmen erkennen^{en}. Andernfalls, nämlich wenn man das Vorliegen eines Geschäftsbetriebes nicht verlange, sei der Abschlußprüfer in Grenzfällen zur Feststellung der Unternehmenseigenschaft des GroßAs auf eigene Ermittlungen angewiesen. Dabei könne er sich aber nicht auf § 165 IV stützen, weil gerade die Unternehmensqualität dieses GroßAs fraglich sei. Schmaltz-Forster-Goerdeler-Havermann ³⁾ nennen den Fall des GroßAs mit einer weiteren Beteiligung nicht ausdrücklich. Sie erklären aber, daß es bei einer natürlichen Person, die kein Gewerbe betreibt, darauf ankomme, ob sie in einem nach außen erkennbaren Rahmen eigene wirtschaftliche Ziele ver-

1) Wp 67/201

2) NJW 1967/1741

3) in Adler-Düring-Schmaltz, 4.A., Tz 13 vor §§ 311-313.

folge. So sei die Unternehmenseigenschaft bei einem Privatmann gegeben, der neben seiner Beteiligung an einem oder mehreren Unternehmen eigene Interessen gewerblicher oder kaufmännischer Art verfolge. Damit wird aber die Beteiligung eines GroßAS an einer oder mehreren anderen Gesellschaften nicht für ausreichend betrachtet. Zeiß ¹⁾ lehnt, ohne zu differenzieren, die Unternehmensqualität beim "privaten" GroßA ab. So ist für ihn auch der GroßA mit einer weiteren Beteiligung kein herrschendes Konzernunternehmen. Auch Huber verneint zunächst die Unternehmenseigenschaft des GroßAS zweier AGen ²⁾, bejaht sie aber in einem späteren Beitrag ³⁾. Die Studienkommission des DJT, welche die Ausdehnung des Abhängigkeitsbegriffs (§ 17 AktG) auf den Fall der schlichten Abhängigkeit einer AG auch von einem Nichtunternehmens-Aktionär fordert ⁴⁾, verneint eine Konzernbildung durch einen GroßA mit Zweitbeteiligung ⁵⁾. Nur ein Unternehmen könne in hinreichend überprüfbarer Weise den angemessenen Ausgleich gewähren. ⁶⁾ Luchterhandt lehnt die Konzernunternehmensqualität des GroßAS mit Zweitbeteiligung ebenfalls grundsätzlich ab ⁷⁾, bejaht sie aber dann, wenn die einheitliche Leitung "die Ausmaße eines Betriebes annimmt und den einzelnen Konzernunternehmungen Bereiche entzieht, die sonst von jedem Unternehmen selbst wahrgenommen werden" ⁸⁾. Dagegen heben Möhring ⁹⁾ und Kropff ¹⁰⁾ die Unternehmensqualität jedes GroßAS mit Zweitbeteiligung hervor. Nach der Auffassung Möhrings setzt die Unternehmenseigenschaft des GroßAS nur voraus, daß dieser das Schicksal seiner AG "marktstrategisch" mitzubestimmen in der Lage und bereit sei und nicht lediglich die Interessen eines reinen Anlage-

1) S. 19

2) ZHR 131/249 f

3) ZHR 133/290

4) DJT-Konzernrecht Tz 331, 402

5) aaC Tz 342

6) aaO Tz 236

7) ZHR 132/155 ff, S. 159 f für Alleina.

8) aaO S. 162 f; offenbar sieht Luchterhandt nicht, daß er hier auf die unternehmerische Tätigkeit abstellt, was er zuvor (S. 152 f) abgelehnt hat.

9) NJW 1967/1; ablehnend dagegen Möhring-Fank in Handbuch Tz. 705.

10) BB 1965/1285

aktionärs verfolge. Nach Kropff bestehen die Gefahren, vor denen das Konzernrecht schützen solle, auch dann, wenn ein Aktionär aufgrund seines Aktienbesitzes mehrere Gesellschaften beherrscht und in ihrer Unternehmenspolitik koordiniert. Er sei wegen der von ihm ausgeübten Leitungsmacht auch bei Fehlen der Kaufmannseigenschaft i.S. des HGB als Unternehmen zu betrachten. Auch Würdinger¹⁾, Baumbach-Hueck²⁾ und J. Gessler³⁾ bezeichnen den GroßA mit Zweitbeteiligung als h.U. und herrschendes Konzernunternehmen. Würdinger faßt die einheitliche Leitung durch einen herrschenden Aktionär deshalb als Unternehmen auf, weil sich ihm dadurch die Möglichkeit eröffne, die eine Gesellschaft der anderen dienstbar zu machen. J. Gessler betrachtet den unter Abwägung der Interessen der Einzelbeteiligungen erfolgenden Einsatz des GroßAs mehrerer AGen als unmittelbar marktbezogen. Das Abwägen des GroßAs bringe die Gefährdung der abh. AG mit sich, vor der das Konzernrecht schützen solle. Deshalb sei der GroßA als Unternehmen i.S. des § 15 AktG und des Rechtes der verbundenen Unternehmen zu qualifizieren. Baumbach-Hueck sehen dieselbe Gefahr, wenn der GroßA mit Zweitbeteiligung einen über die bloße Beteiligungsverwaltung hinausgehenden Einfluß gewinne. Der Aktionär nehme dann im Verhältnis zur AG die Stellung eines fremden Unternehmens ein. Eine differenzierte Haltung vertritt Bachelin⁴⁾. Er bejaht die Unternehmensqualität des GroßAs nur, wenn diesem ein Gewerbebetrieb "zugerechnet" werden kann.

- b) Bei der Beurteilung der Frage, ob der private GroßA mit Zweitbeteiligung an einer weiteren AG herrschendes Konzernunternehmen gegenüber beiden AGen ist, muß man sich auf die Grundlagen der Regelungen der §§ 311 ff⁵⁾ besinnen.

1) S. 263 f; ders. in Großkomm. AktG, §§ 15-19 Vorb.II 5.

2) § 15 Rdn. 4

3) § 15 Anm. 3

4) S. 11 f.

5) Vgl. oben § 11 unter Nr. 3.

Diese Vorschriften bieten für das h. U. gewisse Vorteile gegenüber der Regelung des Ersten Buches, um die Bildung bzw. die Aufrechterhaltung u.a. von wirtschaftlichen Voll-einheiten nicht zu behindern. Sie gewähren auch einen größeren Schutz, weil man bei Bestehen einer Abhängigkeit von der Möglichkeit, bei einem Konzern von der Existenz einer dauerhaften und nachhaltigen Fremdbestimmung der AG auszugehen hat. Diese Fremdbestimmung der AG stellt nicht nur eine Durchbrechung der aktienrechtlichen Zuständigkeitsordnung durch den GroöA dar, sondern ruft die Gefahr häufigen oder dauernden Dienstbarmachens der ersten AG (AG_1) im Interesse der zweiten AG (AG_2) hervor.

An dieser Stelle erhebt sich die Frage, ob die zweite Beteiligung immer so erheblich sein muß, daß dadurch der GroöA auch die zweite AG leiten kann, oder ob nicht eine kleine Beteiligung, überhaupt eine Beteiligung jeder Größe, genügt. Dies ist zu verneinen, da bei Bestehen einer für eine Beherrschung "unterschwelligen" Beteiligung die konzernrechtlichen Interessenkollisionen nicht auftreten. Gewährt die zweite Beteiligung dem GroöA keine Beherrschungsmöglichkeiten, so kann er mittels dieser AG seine Gewinninteressen nur in der Weise befriedigen, daß er an den von der Mehrheit der HV dieser AG ausgeschütteten Gewinnen anteilmäßig partizipiert. Er ist weder in der Lage, die Dividendenpolitik dieser AG - die möglicherweise von einem anderen GroöA dieser AG bestimmt wird - maßgeblich zu beeinflussen, noch vermag er auf die Leitungstätigkeit des Vorstandes einzuwirken. Würde der GroöA nun "seine" AG_1 veranlassen, der AG_2 , an der er nur unerheblich beteiligt ist, Vorteile zu gewähren, so würde er seinen Gewinninteressen, die er durch Beherrschung der AG_1 verfolgen kann, schaden, ohne entscheiden zu können, daß dieser Nachteil ihm als Vorteil durch die AG_2 wieder zufließt. Der GroöA wird also in Verfolgung seiner Gewinninteressen die AG_1 vernünftigerweise nicht zu irgendwelchen für sie nachteiligen Maßnahmen zum Vorteil der AG_2 veranlassen. Kollisionen

der Art, die zur Regelung der §§ 311 ff geführt haben, treten demnach nicht auf.

Daß ein Aktionär eine AG einer anderen dienstbar machen kann, wenn er an beiden AGen erheblich beteiligt ist, wird auch von den Autoren, welche die Unternehmensqualität des GroßAs mit einer Zweitbeteiligung ablehnen, nicht verkannt. Deshalb verdienen die Gründe ihrer gleichwohl vertretenen ablehnenden Auffassung besondere Beachtung.

Dem von der Studienkommission des DJT vorgetragenen und vom der ablehnenden Auffassung zur Begründung herangezogenen ¹⁾ Argument der fehlenden Möglichkeit zur Gewährung eines angemessenen Ausgleichs ist hier deshalb kein Gewicht beizumessen, weil der GroßA den Ausgleich nicht selbst zu leisten braucht. Es genügt, wenn er der benachteiligten AG einen entsprechenden Vorteil verschafft.²⁾

Hierzu ist der GroßA in der Lage, und zwar in der Weise, daß er die AG, deren Interesse er wahrgenommen hat, veranlaßt, der benachteiligten AG einen bestimmten Vorteil zu gewähren.

Dagegen ist die von Müller-Rieker genannte Schwierigkeit der Abschlußprüfer bei ihrer Prüfungstätigkeit ein beachtliches Argument, das jedoch bei der Beurteilung keine entscheidende Bedeutung gewinnt. Die Abschlußprüfer haben u.a. im Rahmen der Prüfung des Geschäftsberichtes ³⁾ die rechtlichen und geschäftlichen Beziehungen der AG zu verbundenen Unternehmen sowie für die AG einflußerhebliche Geschäftsvorgänge bei diesen Unternehmen (§ 160 III Nr. 10) zu untersuchen. Sie stützen sich auf die Angaben des Vorstandes im Geschäftsbericht und sind berechtigt, sowohl vom Vorstand dieser AG als auch von einem mit ihr verbundenen herrschenden, abhängigen oder Konzernunternehmen eine - verschieden umfangreiche - Auskunft zu verlangen (§ 165). Die bei der Prüfung des Geschäftsberichtes auf die Richtigkeit der An-

1) Vgl. Müller-Rieker Wp 67/199 f.

2) Würdinger S. 311

3) § 162 II 2 AktG

gaben gemäß § 160 III Nr. 10 auftretenden Schwierigkeiten können insbesondere auf Meinungsverschiedenheiten zwischen dem Vorstand der AG und den Abschlußprüfern oder zwischen dem zur Auskunft aufgeforderten anderen Unternehmen und den Prüfern beruhen. Hat der Vorstand der AG im Geschäftsbericht eine andere Person oder Personengruppe als h.U. oder herrschendes Konzernunternehmen aufgeführt, so kann diese eine Auskunft an die Prüfer mit der Begründung verweigern, es fehle an einem Herrschaftsverhältnis, an einer Einflußnahme bzw. einer einheitlichen Leitung oder an ihrer Unternehmensqualität. Dieselbe ablehnende Haltung kann vom Vorstand der AG gegenüber den Abschlußprüfern eingenommen werden. Somit können allein bei der Prüfung der Angaben nach § 160 III Nr. 10 vielfältige Schwierigkeiten auftreten. Daß ein herrschendes Konzernunternehmen die Auskunft verweigert, weil es seine Unternehmensqualität verneint, ist also nur einer von vielen möglichen Fällen. Gleichwohl wird diese von Müller und Rieker bezeichnete kritische Situation sehr selten eintreten. In der Regel wird der Vorstand der AG wissen, ob ihr GroßA weitere Unternehmen aufgrund von Großbeteiligungen beherrscht, denn ein GroßA vermag kaum unerkannt weitere große Beteiligungen zu erwerben und andere AGen zu beherrschen. Die Möglichkeit eines Streites über die Bedeutung dieser zweiten Großbeteiligung für die Beurteilung als Unternehmen kann aber nicht zur Ablehnung dieser Voraussetzung der Unternehmensqualifikation führen. Auch bei den oben ¹⁾ bezeichneten Möglichkeiten der Existenz eines Unternehmens bei Vorliegen eines Gewerbebetriebes kann es in Grenzfällen, etwa beim Minderkaufmann, Landwirt oder Handwerker, zu Meinungsverschiedenheiten über deren Unternehmensqualität kommen. Grundsätzlich kann also wegen eines Streites über die sonst als richtig erkannte Entscheidung nicht von der entsprechenden Qualifizierung als herrschendem Konzernunternehmen abgesehen werden. Bei

1) Vgl. oben § 13

der Definition des Begriffes "herrschendes Konzernunternehmen" geht es auch nicht um Arbeitserleichterungen für Abschlußprüfer, sondern um den Schutz bzw. die Berücksichtigung der betroffenen Interessen. Darüber hinaus haben die Abschlußprüfer die Möglichkeit, ihren Bestätigungsvermerk bei unbedeutenderen Fällen der Auskunftsverweigerung einzuschränken, in wichtigeren Fällen zu versagen ¹⁾ sowie beim Registergericht formlos die Festsetzung einer Ordnungsstrafe anzuregen ²⁾. Eine Ablehnung der Unternehmensqualität des GroßAs mit Zweitbeteiligung ist folglich aufgrund des von Müller und Rieker vorgetragenen Argumentes nicht gerechtfertigt.

Die Auffassung, daß bei der Existenz eines GroßAs mit Zweitbeteiligung ein Unterordnungskonzern nicht vorliege, gründet offenbar in einem ökonomischen Vorverständnis der Begriffe "Konzern" und "Konzernunternehmen". Bereits Schreier ³⁾ stellte fest, daß bei der Bildung des Konzernbegriffes ökonomische und juristische Betrachtung und Begriffsbildung unheilvoll vermengt seien. Diese Mißverständnisse sind durch die Legaldefinitionen in den Aktiengesetzen von 1937 und 1965 nicht überwunden worden. Auch Hax ⁴⁾ betrachtet den Inhaber mehrerer Mehrheitsbeteiligungen, die einen nachhaltigen beherrschenden Einfluß ausüben, nicht als herrschendes Konzernunternehmen. Jedoch beschränkt er sich gerade auf die Betrachtung des Konzerns im ökonomischen Sinn und stellt dabei auf die wirtschaftliche Verflechtung der einzelnen Unternehmen ab. Die früher vertretene Auffassung ⁵⁾ vom Unternehmen im allgemeinen und somit auch vom Konzernunternehmen als einem Wirtschaftsbetrieb, einer Unternehmung, hat sich nun offenbar zurückgezogen auf eine Position, in der sie immerhin noch den Unter-

1) Vgl. § 167 I und II sowie Baumbach-Hueck, § 167 Rdn. 6.
2) § 407 I AktG, §§ 132 ff EGG; es handelt sich nicht um ein Antragsverfahren.

3) In Beträge Wirtschaftsrecht II S. 810.

4) in Betriebsgröße S. 50

5) Passow S. 100; Sombart S. 548 f, 827; Brendl S. 9; Rosendorff S. 18; Ritter § 15 Anm. 3a am Ende; Adler-Düring-Schmaltz, 2.A., § 128 Tz 52; Schlegelberger-Quassowski, § 15 Rdn. 8.

nehmungskern, nämlich einen Geschäftsbetrieb ¹⁾, eine Zusammenfassung von Sachen, Rechten und immateriellen Werten ²⁾ bzw. den Betrieb eines Gewerbes (Gewinnerzielung) ³⁾ voraussetzt. Folgerichtig werden im Falle der Leitung zweier AGen durch einen GroßA nur die beiden AGen als Konzernunternehmungen bezeichnet. Da zwischen diesen kein Abhängigkeitsverhältnis besteht, sollen sie einen Gleichordnungskonzern bilden. ⁴⁾ Die Vertreter dieser Auffassung ⁵⁾ verweisen auch auf die Amtliche Begründung zu § 17 RegE, wonach die einheitliche Leitung bei einem Gleichordnungskonzern außer auf der Bildung eines Gemeinschaftsorgans auch darauf beruhen kann, "daß die Anteile der Konzernunternehmen in der Hand eines Eigentümers, der kein Unternehmen ist, vereinigt sind." Abgesehen davon, daß die Gesetzesmaterialien für die Gesetzesinterpretation nur letzttrangige Bedeutung besitzen, kann die zitierte Formulierung zur Begründung der Auffassung vom mehrfachen GroßA als einem herrschenden Konzernunternehmen auch kaum herangezogen werden. Die amtliche Begründung geht von einem Eigentümer aus, der nicht bereits wegen des Betriebs eines Gewerbes Unternehmer ist. Es handelt sich also um den Fall des an mehreren Unternehmen Beteiligten. Dieser soll nach dem Wortlaut der Begründung nur dann einen Gleichordnungskonzern zwischen den Unternehmen bilden, deren Beteiligungen er hält, wenn "die Anteile der Konzernunternehmen" in seiner Hand vereint sind. Damit bezeichnet die Amtl. Begründung aber offenbar nur den Fall der hundertprozentigen Beteiligung an mehreren Unternehmen, der gesondert untersucht wird. ⁶⁾

Als letzten Einwand gegen die Konzernunternehmensqualität des GroßAs mit Zweitbeteiligung könnte man das Fehlen einer

1) Müller-Aieker Wp 67/200

2) Rasch S. 37

3) vgl. oben § 12 unter 1a.

4) Müller-Aieker Wp 67/201; Adler-Düring-Schmaltz, § 128 Tz 54 (S. 97); Obermüller-Werner-Winden S. 172; Bolsenkötter DB 67/1100; Luchterhandt ZHR 132/160 für Alleina zweier AGen.

5) z.B. Luchterhandt aaO

3) Vgl. unten § 26.

finanziellen Konzeption dieses GroßAs geltend machen. Tatsächlich verfolgt er keine eigene Konzeption finanzieller Art. Es kommt ihm vielmehr regelmäßig darauf an, einen möglichst großen Dividendengewinn von der einen oder anderen AG zu erhalten. Für sich selbst nimmt der GroßA also Haushaltsinteressen wahr. Aber gerade zur Verfolgung solcher Interessen wird er - wie beschrieben - die eine AG veranlassen, der anderen AG bestimmte Vorteile zu gewähren, wenn er sich selbst schließlich davon einen (Dividenden-) Vorteil verspricht.

Der GroßA veranlaßt demnach die Wirkung der finanziellen Konzeption der einen AG auf die andere AG. Durch diese Handlungsweise wird aber der GroßA zweier AGen - als "Veranlasser" - zum herrschenden Konzernunternehmen. Der GroßA mit Zweitbeteiligung ist in diesem Fall herrschendes Konzernunternehmen kraft einheitlicher Leitung gemäß § 18 I 1 AktG.

Leitet der GroßA zwei Aktiengesellschaften je für sich, ohne sie also einheitlich zu leiten, so ist er gegenüber beiden herrschendes Unternehmen und nur aufgrund der Vermutung des § 18 I 3 AktG herrschendes Konzernunternehmen.¹⁾ Der Grund für diese Qualifizierung ist - wie bei dem gewerblich oder freiberuflich tätigen GroßA mit nur einer erheblichen Beteiligung - in der Möglichkeit der Herbeiführung einer konzernmäßigen Interessenkollision (§ 17 I AktG) infolge der Verfolgung einer (dort eigenen, hier fremden) finanziellen Konzeption zu sehen. Die in diesem Kapitel untersuchte Unternehmensqualität endet bei dem GroßA mit nur einer Beteiligung erst dann, wenn er die durch Ausübung einer gewerblichen oder freiberuflichen Tätigkeit bewirkte Verfolgung einer eigenen finanziellen Konzeption aufgibt, also die Tätigkeit selbst nicht mehr ausübt. Bei dem hier behandelten GroßA mit Zweitbeteiligung, der beispielsweise die finanzielle Konzeption der

1) Ebenso Herrnring S. 84 ff.

AG₁ gegenüber der AG₂ verfolgt, endet die Qualifikation als herrschendes Konzernunternehmen (gegenüber der AG₂) dagegen nicht (nur) erst dann, wenn die AG₁ ihre gewerbliche oder freiberufliche Tätigkeit aufgibt, sondern auch bereits mit der Beendigung der faktischen Leitung der AG₁ durch den Groa, weil er von diesem Zeitpunkt ab aufhört, die finanzielle Konzeption der AG₁ überhaupt zu verfolgen. In diesem Fall verzichtet der Groa nicht nur darauf zu bestimmen, wie die AG₁ ihre finanzielle Konzeption überhaupt verfolgen soll, er selbst verfolgt sie auch nicht mehr gegenüber der AG₂. Die finanzielle Konzeption der AG₁ kann dann nicht auf die Leitungsentscheidungen der AG₂ einwirken. Ebenso wenig verfolgt dann der Groa die finanzielle Konzeption der von ihm faktisch geleiteten AG₂ gegenüber der AG₁, weil er diese nicht mehr leitet.

Sobald der Groa zweier Aktiengesellschaften eine von ihnen nicht mehr leitet, entfällt also nicht nur eine zuvor ausgeübte einheitliche Leitung, sondern auch die Möglichkeit der Herbeiführung einer konzernmäßigen Interessenkollision durch den Groa und damit dessen Unternehmenscharakter. Daraus folgt: solange der Groa zwei Aktiengesellschaften je für sich leitet, besteht die Möglichkeit der Herbeiführung einer konzernmäßigen Interessenkollision durch den Groa. Solange ist er herrschendes Unternehmen und kraft der Vermutung des § 18 I 3 AktG herrschendes Konzernunternehmen.

- c) Auch eine konzernleitende Holdinggesellschaft (GbR, GmbH oder AG), die eigens zum Zwecke der Zusammenfassung der Beteiligungen des oder der Gründungsunternehmen(s) sowie zur Ausübung der Konzernleitung geschaffen wurde, ist herrschendes Konzernunternehmen gegenüber denjenigen Unternehmen, von denen sie Großbeteiligungen hält.¹⁾ Diese

1) Ebenso würdinger in Großkomm. AktG §§ 15-19 Vorb. II 5; ders. in Festgabe Kunze S. 183 ff; Biedenkopf-Koppensteiner in Kölner Kommentar § 15 Rdn. 13.

Holdinggesellschaft besitzt zwar trotz der als Indiz für die Konzernunternehmensqualität geltenden Existenz einer kaufmännischen Ertragsrechnung keine eigene finanzielle Konzeption. Sie ist jedoch ebenso wie die natürliche Person mit zwei Großbeteiligungen herrschendes Konzernunternehmen aufgrund ihrer "Veranlassungsfunktion".

Da eine Holdinggesellschaft der geschilderten Art keine eigene, sondern nur eine fremde finanzielle Konzeption verfolgen kann, besitzt sie keine Unternehmensqualität, sofern sie sich ausschließlich auf die Verwaltung der bei ihr zusammengefaßten Beteiligungen beschränkt. ¹⁾ Sie ist wie eine natürliche Person mit zwei oder mehr erheblichen Beteiligungen zu behandeln. Auch Stiftungen, die sich ausschließlich mit der Verwaltung zweier oder mehrerer Beteiligungen beschäftigen, besitzen keinen Unternehmenscharakter. ²⁾

Bisher wurde nur der GroßA zweier oder mehrerer AGen betrachtet. Zu entsprechenden Ergebnissen gelangt man aber auch, wenn die zweite Beteiligung des GroßAs die Beteiligung an einer anderen privaten juristischen Person oder an einer Personengemeinschaft betrifft, sofern solche Personen und Personengruppen ihrerseits abhängige Konzernunternehmen sein können. ³⁾

2. Nur ein kleiner Teil der Konzernrechtsliteratur ⁴⁾ bejaht die Frage, ob eine juristische Person öffentlichen Rechts deshalb herrschendes Konzernunternehmen sein kann, weil sie mehrere erhebliche Beteiligungen besitzt.

Eine Gemeinde kann, ohne rechtlich unselbständige wirtschaftliche Unternehmen zu besitzen, Großaktionärin zweier

1) Im Ergebnis ebenso Würdinger aaO; Luchterhandt ZHR 132/164.

2) Ebenso Goerdeler in Festgabe Kunze S. 217.

3) Vgl. darüber im Vierten Kapitel.

4) Vgl. z.B. Luchterhandt ZHR 132/173.

oder mehrerer AGen sein. ¹⁾ Sie ist dann nicht in der Lage, eine eigene finanzielle Konzeption gegenüber diesen AGen zu verfolgen. Sie ist also wie ein privater GroßA zweier AGen darauf verwiesen, ihre Haushaltsinteressen gegenüber den beiden AGen zu verfolgen. Dies ist ihr solange und insoweit möglich, als der öffentliche Zweck, der durch die AGen erfüllt werden soll, dadurch nicht gefährdet wird. Hier ist jedoch wie bei der Untersuchung der gewerblichen Betätigung der Gemeinden zu differenzieren. Soweit eine Gemeinde ihre Haushaltsinteressen dadurch befriedigt, daß sie das Interesse der einen AG₁ gegenüber der anderen AG₂ verfolgt, ist sie der AG₂ gegenüber h.U. und bis zur Widerlegung der Vermutung des § 18 I 3 AktG herrschendes Konzernunternehmen. Wendet sie sich dagegen als GroßAin an eine AG, um von dieser ohne die Interessen einer zweiten AG zu berücksichtigen, einen Vorteil in Form eines Zuschusses zum Haushalt oder einer Ersparnis von Aufwendungen zu erlangen, so ist sie insoweit kein h.U. oder herrschendes Konzernunternehmen gegenüber dieser AG. Auf ihr Verhalten sind insoweit nur die Vorschriften der §§ 117, 243 AktG anzuwenden.

Dasselbe gilt für ein Land, wenn es kein w.U. betreibt, aber an zwei oder mehreren AGen, z.B. an Energieversorgungs- oder lokalen Verkehrsunternehmen ²⁾ erheblich beteiligt ist. Daneben entwickeln Länder auch wirtschaftspolitische Vorstellungen und sind als GroßAe deshalb in der Lage, eine AG zu einem für sie nachteiligen Verhalten zu veranlassen, z.B. dazu, in einem industriell unterentwickelten und verkehrstechnisch ungünstigen Gebiet einen Zweigbetrieb zu errichten. Da in solchen Fällen keine fremde finanzielle Konzeption gegenüber der AG verfolgt wird, ist ein Land insoweit kein h.U. Auch hier muß und kann also wie oben ³⁾

1) Hier wird das Verhältnis der Gemeinden zu ihren Eigen-
gesellschaften noch nicht mitbehandelt; vgl. darüber
unten § 26.

2) Vgl. hierüber Kurt Herrmann in Konzentration (Arndt)
Bd. I, S. 550 f.

3) S. 111 ff.

differenziert werden.

Der Bund ist herrschendes Konzernunternehmen, soweit er die Interessen seiner rechtlich unselbständigen wirtschaftlichen Unternehmen gegenüber einer AG verfolgt.¹⁾ Der Bund ist aber auch Eigentümer des Vermögens der rechtlich selbständigen Unternehmen (im konzernrechtlichen Sinn) von Bundesbahn und Bundespost sowie GroßA mehrerer AGen. Er ist deshalb auch insoweit als herrschendes Konzernunternehmen zu betrachten, als er gegenüber einer AG die Interessen von Bahn und Post oder einer zweiten AG (mit finanzieller Konzeption) verfolgt, an der er unmittelbar oder mittelbar beteiligt ist. Soweit er gegenüber einer abhängigen AG nur wirtschaftspolitische Vorstellungen durchsetzt, ist er kein herrschendes Konzernunternehmen.

§ 25 Der Treuhänder.

Bei der Frage, ob bei Bestehen eines Treuhandverhältnisses Treugeber oder Treuhänder herrschendes Konzernunternehmen sind, wird davon ausgegangen, daß das Treugut aus einer Großbeteiligung an einer AG besteht.

Die Konzernrechtsliteratur geht auf das Treuhandverhältnis im Konzernrecht kaum ein. Für den Fall, daß das Treugut nur aus einer (erheblichen) Beteiligung besteht, bejahen Würdinger²⁾ und Baumbach-Hueck³⁾ ohne weitere Differenzierung eine mittelbare Abhängigkeit zwischen dem Treu-

1) bgl. oben § 14 unter Nr. 3.

2) S. 273

3) § 17 Rdn. 5

geber, der ein Unternehmen ist, und der abb. Gesellschaft. Auch Schmaltz-Forster-Goerdeler-Havermann ¹⁾ bezeichnen die von einem Treuhänder vermittelte Abhängigkeit als eine mittelbare, betonen jedoch gleichfalls, daß der Treuhänder - wenn er ein Unternehmen ist - durch die Treubindung (Weisungsabhängigkeit) gegenüber dem Treugeber-Unternehmen kein abhängiges Unternehmen und gegenüber der beherrschten Gesellschaft kein h.U. i.S. des § 17 AktG werde. Wer "treuhänderisch fremde Rechte" wahrnehme, könne, da er nicht aus eigener Machtvollkommenheit und im eigenen Interesse Einfluß nehme, niemals h.U. sein.

Hier soll nur der regelmäßig gegebene Fall behandelt werden, in dem der Treuhänder aufgrund der Vereinbarung des Treuhandvertrages den Weisungen des Treugebers Folge zu leisten hat; er gibt dieselben also nur an die AG weiter. Da also der Treugeber im wesentlichen allein entscheidet - auch wenn der Treuhänder unbedeutende Entscheidungen fällen darf - und der Treugeber damit das von dem Treuhänder gegenüber der AG zu verfolgende Interesse bestimmt, ist bei der Suche nach der Eigenschaft eines herrschenden (Konzern-) Unternehmens auf das Interesse des Treugebers abzustellen.

Verfolgt der Treugeber als Gewerbetreibender oder Angehöriger eines freien Berufes eine eigene finanzielle Konzeption, so ist er infolge der Weisungsabhängigkeit des Treuhänders unmittelbar herrschendes Konzernunternehmen gegenüber der AG. Der Treuhänder besitzt aufgrund der Rechtsinhaberschaft bzgl. der Großbeteiligung allein keine Unternehmensqualität; er ist - da er weder sein eigenes Interesse verfolgen darf noch dasjenige des Treugebers definieren darf - in Parallele zu dem oben ²⁾ behandelten Fall der von einem (Unternehmens-) Gesellschafter beherrschten GbR nur herrschende Person. Dies gilt auch dann, wenn der Treuhänder neben der treuhänderischen Verwaltung der Be-

1) in Adler-Düring-Schmaltz, Adn. 40 vor §§ 311-313.

2) S. 141

teiligung im eigenen Interesse einen Gewerbebetrieb führt, weil die mit seinem Gewerbebetrieb verfolgte finanzielle Konzeption infolge der Treubindung bezüglich der Beteiligung nicht in die für die AG bestimmten Leitungsentscheidungen des Treugebers einfließen kann.

Verfolgt der Treugeber keine eigene finanzielle Konzeption, ist er aber selbst GroßA einer AG, so ist er infolge seiner Veranlassungsfunktion ebenfalls herrschendes Konzernunternehmen gegenüber beiden Agen wie der GroßA mit Zweitbeteiligung; der Treuhänder ist auch hier nur herrschende Person

Verwirklicht der Treugeber keine eigene finanzielle Konzeption und besitzt er keine erhebliche Beteiligung, so ist er auch nicht als herrschendes Konzernunternehmen zu qualifizieren. Treugeber und Treuhänder sind beide nur herrschende Personen.

Auch in den beiden letztgenannten Fallgruppen ist es infolge der fehlenden Entscheidungsmöglichkeit des Treuhänders sowie der Treubindung bei der Ausführung der Entscheidungen des Treugebers unerheblich, ob der Treuhänder selbst noch eine eigene finanzielle Konzeption verwirklicht oder eine Großbeteiligung besitzt.

Auch wenn das Treugut aus zwei oder mehreren erheblichen Beteiligungen besteht, ist der Treugeber wegen der bezeichneten Verpflichtung des Treuhänders unmittelbar herrschendes Konzernunternehmen.

Der Treuhänder einer oder mehrerer Großbeteiligungen kann also kein herrschendes Konzernunternehmen sein.

§ 26 B. Der Alleinaktionär als herrschendes Konzernunternehmen.

Nachdem untersucht worden ist, unter welchen Voraussetzungen beim Vorliegen einer erheblichen Beteiligung der GroßA herrschendes Konzernunternehmen ist, soll im folgenden geprüft werden, ob sich die Voraussetzungen der Qualifizierung als herrschendes Konzernunternehmen bei der Existenz einer hundertprozentigen Beteiligung ändern.

1. a) Ein AlleinA kann regelmäßig einen massiveren Einfluß auf "seine" AG gewinnen als der Inhaber einer nicht-hundertprozentigen Großbeteiligung, weil er auf Minderheitsaktionäre keine Rücksicht zu nehmen braucht.

Verwirklicht der Alleinaktionär - wie der "private" GroßA - keine weiteren Voraussetzungen, so bewirkt er auch kein Eindringen einer anderen finanziellen Konzeption in die AG. Mithin kann sein Einfluß nur zu einer unternehmensinternen Interessenkollision führen, welche die Voraussetzungen eines Konzernverhältnisses nicht erfüllt. ¹⁾ Die Tatsache der bloß massiveren Einflußnahme des AlleinA zieht also keine Änderung in der Konzernunternehmensqualifizierung nach sich. Der AlleinA, der keine weiteren Voraussetzungen verwirklicht, ist kein herrschendes Konzernunternehmen.

Andererseits verliert der AlleinA durch den Erwerb der hundertprozentigen Beteiligung nicht seine Qualifikation als herrschendes Konzernunternehmen, wenn er die Voraussetzungen erfüllt, die den GroßA zum herrschenden Konzernunternehmen werden lassen. ²⁾

- b) Oben ³⁾ wurde jedoch bereits die Frage gestellt, ob für

1) Ebenso Baumbach-Hueck § 15 Rdn. 4; Würdinger S. 314 ff.

2) Daß für den AlleinA bzgl. der Unternehmensqualität keine Besonderheiten gelten, betonen auch J. Gessler § 15 Anm. 3; Baumbach-Hueck, anhang nach § 262, Rdn. 8; Leo, AG 65/353 ff; Würdinger S. 309, 313 ff; Godin-Wilhelmi § 17 Anm. 4; Wassmuth, Der Städtetag 1967/44. Auch Flume S. 45 f geht davon aus.

3) S. 154.

den AlleinA zweier AGen nicht etwas anderes zu gelten habe als für den GroßA zweier AGen. So könnte man die Auffassung vertreten, wenn ein Aktionär an einer AG₁ zu hundert Prozent, an einer zweiten AG₂ aber nur z.B. zu sechzig Prozent beteiligt sei, werde er wohl geneigt sein, die AG₂ zu Maßnahmen zum Vorteil der AG₁ zu veranlassen, weil diese Vorteile dann schließlich ihm allein zugute kommen. Demgegenüber liege für den Aktionär kein Grund vor, die AG₂ nachteilig zu beeinflussen, wenn er auch an ihr hundertprozentig beteiligt sei. Denn der AlleinA werde die eine AG nicht zum Vorteil der anderen beeinflussen, um damit den daraus resultierenden Dividendengewinn allein für sich zu sichern, weil er auch bei der anderen AG alleiniger Aktionär sei. In diesen Fällen ist jedenfalls ein Schutz außenstehender Aktionäre überflüssig. Aus diesem Grund hält Flume ¹⁾ die Erstellung eines Abhängigkeitsberichtes durch den herrschenden Unternehmens-AlleinA für überflüssig. Dem ist jedoch entgegenzuhalten, daß durch das Erstellen des Abhängigkeitsberichtes und dessen Prüfung (§§ 312 ff) auch das Interesse der Gläubiger der abh. AG geschützt werden soll. ²⁾ Deshalb ist ein Abhängigkeitsbericht auch hier notwendig. Er ist jedoch nur unter dem Gesichtspunkt des Gläubigerschutzes zu prüfen. ³⁾

Überdies wird auch der AlleinA zweier AGen die AG₁ veranlassen, der AG₂ bestimmte Vorteile zu gewähren, wenn diese sie besser nutzen, d.h. besser in Dividendengewinn umformen kann. Insbesondere wenn beide AGen derselben Branche und derselben Produktionsstufe angehören, wenn sie etwa sogar dasselbe Produkt herstellen und außerdem auf den verschiedenen Unternehmensbereichen (Einkauf, Produktion, Absatz) unterschiedlich rentabel arbeiten, kann dem GroßA daran gelegen sein, daß der jeweilige Un-

1) aaO

2) vgl. oben S. 55; auch DJT-Konzernrecht, Tz 709.

3) Würdinger S. 315.

ternehmensbereich der insoweit rentabler arbeitenden AG₁ auch die entsprechenden Aufgaben der insoweit weniger rentabel arbeitenden AG₂ ganz oder teilweise übernimmt. Da demnach die Gefahren, gegen die das Recht des Unterordnungskonzerns schützen soll, auch beim Alleina-zweier AGen bestehen, ist er herrschendes Konzernunternehmen gegenüber beiden AGen.

Leo ¹⁾ will der AG eines Alleinaktionärs die Möglichkeit geben, bereits auf einen Ausgleich gemäß § 311 zu verzichten, also ohne erst die Entstehung des Anspruchs aus § 317 I, III abzuwarten. Dies erfordert die entsprechende Anwendung des § 317 IV iVm § 309 III bis V. Den Gläubigern gegenüber wirkt ein solcher Vergleich dann ebenfalls nicht (§ 317 IV/309 IV 4 analog). Ob diese Möglichkeit eröffnet werden oder ob man sie mit Würdinger ²⁾ ablehnen soll, braucht hier nicht entschieden zu werden, da es für die Beantwortung der Frage der Unternehmensqualität nicht entscheidend ist. Beide Auffassungen setzen die Anwendung der §§ 311 ff auf den Unternehmens-Alleina voraus und betrachten ihn somit als herrschendes Konzernunternehmen.

2. Bezüglich der Gemeinden wird von Brauksiepe ³⁾ die Auffassung vertreten, sie seien gegenüber ihren Eigengesellschaften (AGen) keine herrschenden Konzernunternehmen. Die natürliche Interessenverknüpfung zwischen den Zielen der Gesellschaft und den Zielen der Gemeinde schließe "es im Regelfall aus, daß ein Interessenkonflikt zum Nachteil der Gesellschaft" entstehe. ⁴⁾ Demgemäß sei der Schutz der §§ 311 ff für die Gläubiger kommunaler Eigengesellschaften überflüssig.

Dies trifft auf den Regelfall zu. Bei der notwendigen Abgrenzung zwischen herrschendem Unternehmen und Nichtun-

1) AG 1965/356 f

2) S. 315

3) BB 1966/869 ff

4) aaO S. 872

ternehmen ist jedoch nicht auf Regelfälle abzustellen. Eine allgemeine begriffliche Abgrenzung muß für alle, auch für Ausnahme- und Extremfälle gelten. Es ist denkbar und praktisch möglich, daß eine Gemeinde ihre Eigengesellschaft zugunsten eines anderen (rechtlich selbständigen oder unselbständigen) kommunalen Unternehmens zu nachteiligen Maßnahmen veranlaßt. Dies kann insbesondere dann vorkommen, wenn die Eigengesellschaft aufgelöst werden soll, weil ein anderes, nichtkommunales Unternehmen die Aufgabe der Eigengesellschaft - z.B. Stromerzeugung - übernimmt.

Es muß deshalb dabei bleiben, daß Gemeinden auch gegenüber ihren Eigengesellschaften herrschende Konzernunternehmen sind, soweit sie keine Haushaltsinteressen, sondern eine eigene finanzielle Konzeption verfolgen oder die finanzielle Konzeption einer anderen Gesellschaft auf die Eigengesellschaft einwirken lassen.

§ 27 C. Der aufgrund sonstiger faktischer Tatsachen (außer der Beteiligung) Herrschende als herrschendes Konzernunternehmen.

1. Ein Konzernverhältnis kann auch auf anderen faktischen Grundlagen beruhen als auf einer Beteiligung.¹⁾ Auch solche Verhältnisse können eine Beherrschung gestatten. Hier sind - wie oben beim Großaktionär - zwei Fallgruppen zu unterscheiden. Verfolgt jemand eine eigene finanzielle
-

1) Über den Begriff der faktischen Abhängigkeit vgl. oben § 5 unter 2b.

Konzeption, so kann er als herrschendes Unternehmen die faktische Abhängigkeit einer AG bewirken (§§ 17 I, 18 I AktG). Ohne Verfolgung einer eigenen finanziellen Konzeption kann jemand dadurch herrschendes (Konzern-) Unternehmen sein, daß er mehrere faktisch (nicht-beteiligungs-) abhängige Unternehmen (einheitlich) leitet.¹⁾

Im folgenden wird jedoch der Einfachheit halber von dem Fall ausgegangen, daß eine Person oder Personengruppe Großaktionär ist und gegenüber einer zweiten AG eine sonstige faktische Abhängigkeitsform geschaffen hat. Zu fragen ist somit, welche sonstigen Abhängigkeiten existieren können und welche Möglichkeiten der Konzerngestaltung sich daraus ergeben.

Es ist z.B. denkbar, daß der Groß Genußberechtigter einer anderen AG ist, eine Situation, die durch die feststellbare Zunahme der Ausgabe von Genußscheinen als Finanzierungsmethode²⁾ an Bedeutung gewinnen kann. Dabei soll von der einfachsten Möglichkeit der Genußberechtigung, nämlich von der Beteiligung des Genußberechtigten am Reingewinn des Unternehmens³⁾, ausgegangen werden. Eine Besonderheit ist beim Genußberechtigten dadurch gegeben, daß er aufgrund seines Genußrechtes keine Einflußrechte auf das andere Unternehmen besitzt. Es sollen hier auch diejenigen Fälle ausgeschlossen werden, in denen das Genußrecht z.B. gewährt wurde als Entgelt im Rahmen eines Lizenzvertrages⁴⁾, weil bei ihnen bereits der schuldrechtliche Vertrag (Lizenzvertrag) ohne Berücksichtigung des Genußrechtes Einflußmöglichkeiten gewähren könnte. Für sich betrachtet, gewährt das Genußrecht nicht nur keine Mitverwaltungs- und also Einflußrechte, sondern es ist

1) Vgl. den Parallellfall bei der Beteiligungsabhängigkeit oben § 24.

2) Knoppe, BB 66/281. Genußscheine wurden früher häufig ausgegeben, Passow, Die AG, S. 300 ff. Zur Ausgabe von Genußscheinen als Mittel der Kapitalbeschaffung vgl. auch Schmalenbach, Die AG, S. 73.

3) Über andere Möglichkeiten vgl. Baumbach-Hueck, Rdn. 7 vor § 221.

4) Baumbach-Hueck aaO

auch kein Fall denkbar, in dem der Genußberechtignte allein aufgrund seines Genußrechtes eine Einflußmöglichkeit auf die Leitung der AG gewinnen könnte. Der GroßA, der Genußberechtigter einer zweiten AG ist, kann also nicht aufgrund der Genußberechtigung als herrschendes Konzernunternehmen bezeichnet werden.

Beim partiarischen Darlehen ist die Situation insofern anders, als außer der schuldrechtlichen Beteiligungsvereinbarung ein Kreditvertrag besteht. Allein das Partizipieren am Gewinn ¹⁾ des verpflichteten Unternehmens gewährt dem Berechtigten aber noch keine Einflußmöglichkeit. Einen Einfluß könnte er erlangen aufgrund der Vereinbarungen des der "Beteiligung" zugrunde liegenden Kreditvertrages. Dies soll jedoch gesondert gehandelt werden.

Ebenso wenig wie durch Genußrechte und durch sonstiges Partizipieren am Gewinn eines anderen Unternehmens kann ein GroßA einen beherrschenden Einfluß auf eine andere AG durch die Berechtigungen aus Wandel- oder Gewinnschuldverschreibungen erlangen, denn auch diese gewähren keine Einflußmöglichkeiten.

Bestehen zwischen einem GroßA und der zweiten AG langfristige Lieferverträge, die den GroßA in die Lage versetzen, einen beherrschenden Einfluß auf diese AG auszuüben, so wird der GroßA dadurch herrschendes Konzernunternehmen. Er wird aber auch schon deshalb herrschendes Konzernunternehmen sein, weil der Abschluß solcher Verträge in der Regel die Ausübung eines Gewerbes voraussetzt.

Beim Abschluß eines Lizenzvertrages wird der Lizenzgeber mit dem Lizenznehmer nur in seltenen Fällen Vereinbarungen treffen, welche ihm über eine beschränkte Kontrolle hinausgehende Einflußrechte gewähren. ²⁾ In aller Regel wird es dem Lizenzgeber äußerstenfalls auf eine Ge-

1) Wäre der Kreditgeber auch am Verlust beteiligt, läge eine stille Gesellschaft vor; vgl. Schlegelberger-Gessler, § 335, Rdn. 23 mit weiteren Nachweisen. Zur Unterscheidung der beiden Institute vgl. auch Ballerstedt JuS 63/261.

2) Vgl. Wessels, HDSW X, S. 559.

winnbeteiligung ankommen, nicht aber auf so umfangreiche Entscheidungsrechte, die ihm die Leitung des Unternehmens der Lizenznehmerin ermöglichen. Sollte dies ausnahmsweise doch geschehen, so ist der Lizenzgeber, der zudem GroßA einer AG ist, h.U. und infolge § 18 I 3 AktG herrschendes Konzernunternehmen.

Aus der Gewährung eines langfristigen Kredits kann noch nicht auf die Ausübung eines Gewerbes durch den Kreditgeber geschlossen werden, denn auch ein nichtgewerblicher GroßA könnte einem anderen Unternehmen einen solchen Kredit gewähren, insbesondere wenn er sich außer der Verzinsung eine Gewinnbeteiligung sichert. Nur ausnahmsweise ¹⁾ werden durch den Kreditvertrag Einflußmöglichkeiten geschaffen werden, die dem Kreditgeber die Leitung des kreditnehmenden Unternehmens gestatten. Tritt dieser Ausnahmefall ein, so sind die Voraussetzungen zur Bezeichnung des GroßAs als h.U. gegeben, auch wenn der GroßA nur selten sein durch die AG verfolgtes Gewinninteresse zum Vorteil der Kreditnehmerin zurückstellen und auf Dauer ein Konzernverhältnis schaffen wird.

Schließt ein GroßA mit einer anderen AG einen Betriebspachtvertrag ab und führt er diesen Betrieb dann als Pächter auf eigene Rechnung und im eigenen Namen ²⁾, so wird er durch die Führung dieses Betriebes Gewerbetreibender im hier gebrauchten Sinne und somit herrschendes Konzernunternehmen gegenüber "seiner" AG. Dasselbe gilt, wenn der GroßA einen sonstigen Betriebsüberlassungsvertrag ³⁾ abschließt, wobei - wie in der Regel - der Betrieb im Namen des Überlassenden geführt wird. Der den Betrieb Übernehmende handelt insbesondere immer dann im fremden Namen, wenn er eine Innenpacht vereinbart hat. Bei dieser betreibt der Pächter den Betrieb im Namen des Verpächters

-
- 1) ebenso Pausenberger S. 86; Adler-Jüring-Schmaltz, 4.A., Tz 38 vor §§ 311 ff.
2) Baumbach-Hueck, § 292 Adn. 11; Würdinger S. 305; Geßler DB 66/1692.
3) Über das Verhältnis von Betriebsüberlassungsvertrag und Betriebspachtvertrag vgl. Baumbach-Hueck, § 292 Adn.13; Geßler DB 66/1692; Würdinger S. 308.

auf eigene Rechnung. ¹⁾ Der im fremden Namen handelnde (Innen-) Pächter beeinflußt aufgrund der nicht zum gepachteten Betrieb gehörigen Großbeteiligung an einer AG dieselbe als GroßA im eigenen Namen. Dieser gegenüber kann er herrschendes Konzernunternehmen sein, wenn er ihr gegenüber eine finanzielle Konzeption verfolgt. Die finanzielle Konzeption ist die des gepachteten Betriebes, den er auf eigene Rechnung betreibt und dessen finanzielle Konzeption er bestimmt. Auf diese Weise beeinflußt der GroßA die AG im eigenen Interesse, er ist herrschendes Konzernunternehmen gegenüber "seiner" AG. Der GroßA ist jedoch nicht nur dann als Gewerbetreibender zu bezeichnen, wenn er (im eigenen oder fremden Namen) auf eigene Rechnung einen Betrieb führt, sondern auch bei einer Betriebsführung im eigenen Namen auf fremde Rechnung, sofern er in diesem Fall die für den anderen verfolgte finanzielle Konzeption selbst definieren kann. ²⁾ Bei einem bestehenden Innenpachtverhältnis sind demnach sowohl der Pächter als auch der Verpächter herrschende Konzernunternehmungen gegenüber solchen AGen, an denen sie erhebliche Beteiligungen besitzen. Dagegen ist eine Betriebsführung im fremden Namen und auf fremde Rechnung eine dienstvertragliche Tätigkeit ohne die intern betriebene oder nach außen gezeigte Verfolgung eigener gewerblicher Interessen. Unter diesen Voraussetzungen ist ein GroßA kein herrschendes Konzernunternehmen.

Schließt der GroßA mit einer anderen AG einen Teilgewinnabführungsvertrag ab, so gestattet ihm der insoweit notwendige Vertragsinhalt keine beherrschende Einflußmöglichkeit.

Enthalten die oben bezeichneten Verträge ³⁾ zusätzlich

1) Baumbach-Hueck aaO.

2) vgl. den entgegengesetzten Fall des Treuhänders oben § 25.

3) Der langfristige Liefervertrag und die nachfolgend genannten Verträge.

schuldrechtliche Entscheidungsverpflichtungen für die andere AG, so ist der GroßA immer zur Beherrschung auch dieser AG in der Lage und deshalb immer herrschendes Konzernunternehmen gegenüber beiden AGen.

Der GroßA ist auch dann als herrschendes Konzernunternehmen zu betrachten, wenn er eine andere AG oder sonstige Gesellschaft über deren GroßA oder sonstigen unternehmensleitenden Gesellschafter beherrscht. Die Praxis kennt nicht nur den Stimmrechtsbindungsvertrag eines Aktionärs mit anderen Aktionären derselben AG, sondern auch mit Nichtaktionären.¹⁾ Der letztgenannte enthält einseitige Verpflichtungen des Aktionärs gegenüber dem Nichtaktionär.²⁾ Ein solcher Stimmrechtsbindungsvertrag bewirkt also eine Unterordnung dieses gegenüber jenem³⁾. Eine Gesellschaft muß dadurch nicht entstehen; bildet jedoch eine große Unterbeteiligung die Grundlage der Bindung des Aktionärs an den Nichtaktionär, so wird zwischen beiden zusätzlich ein Gesellschaftsverhältnis (Innen-GbR) bestehen.⁴⁾ Wehnt der aus solchem Vertrag Berechtigte seine Einflußrechte auch auf die über die Anlageverwaltung hinausgehende Einflußnahme des verpflichteten Aktionärs aus, so ist er in der Lage, die andere AG zu beherrschen. Die Tatsache, daß einseitige Stimmrechtsbindungsverträge gewöhnlich nur auf eine Hauptversammlung hin abgeschlossen werden⁵⁾, steht einer Beherrschung der AG durch den aus dem Vertrag Berechtigten nicht entgegen. Den Parteien ist die Möglichkeit gegeben, den Vertrag auf mehrere Jahre hin oder jährlich neu abzuschließen. Selbst bei nur einjähriger Dauer der Beherrschung durch den Vertragsberechtigten kann je nach der Größe und dem Gegenstand der AG-Unternehmung die Gestaltung einer einheitlichen Leitung ermöglicht werden.

1) Willenberg S. 146, 166 ff; Peters AcF 156/317; Janberg-Schlaus AG 67/33 f.

2) Willenberg S. 151

3) vgl. auch Janberg-Schlaus AG 67/34.

4) Schneider in Festschrift Möhring S. 117 f; LGM BB 1951/849.

5) Böckli S. 51

Ist der Berechtigte ein GroßA einer fremden AG, so ist er aufgrund seiner Berechtigung aus dem Bindungsvertrag herrschendes Konzernunternehmen gegenüber beiden AGen.

2. Biedenkopf und Koppensteiner vertreten die Auffassung, daß die §§ 302 II, 311 ff AktG auf die hier behandelten faktischen Abhängigkeitsverhältnisse nicht anzuwenden seien. ¹⁾ Diese Arten von Abhängigkeiten seien nämlich "nicht auf spezifisch gesellschaftsrechtliche Ursachen zurückzuführen". Der besondere Aktionärs- und Gläubigerschutz des Aktiengesetzes sei auch nicht gerechtfertigt, weil sich diese Abhängigkeiten im Rahmen des Risikos hielten, das mit Investitionen in Unternehmen allgemein verbunden sei. Eine verfehlte Marktpolitik der Unternehmensleitung müsse zu Lasten von Aktionären und Gläubigern gehen. Daß das Risiko für falsches, ertragsminderndes Handeln der Unternehmensleitung allein von den Aktionären und schließlich auch den Gläubigern der AG getragen werden muß, ist für die unabhängige AG selbstverständlich. Bei der abhängigen AG ist dies jedoch abzulehnen, wenn die Unternehmensleitung der AG sich nicht dem Zwang der wirtschaftlichen Tatsachen, sondern den Anordnungen eines fremden unternehmerischen Willens beugen mußte. Dabei ist es - von den unterschiedlichen Einzelregelungen der §§ 300 ff, 311 ff AktG abgesehen - unerheblich, ob die Abhängigkeit auf einem Beherrschungsvertrag oder z.B. einem langfristigen Liefervertrag beruht. Beide Vertragsarten bieten dem Herrschenden die Möglichkeit, in das Gesellschaftsgefüge einzugreifen. Der abhängigkeitsbegründende Abschluß beider Verträge - ohne daß vorher eine andersartige Abhängigkeit bestand - kann in beiden Fällen das Ergebnis einer verfehlten, zu Nachteilen für die AG führenden Unternehmenspolitik sein. Gleichwohl gelten die §§ 300 - 310 AktG in diesem Fall. Also kann auch die eigenverantwortlich getroffene, freie
-

1) in Kölner Kommentar, § 17 Rdn. 12, 14.

Entscheidung der Unternehmensleitung zum Abschluß eines abhängigkeitsbegründenden (schuldrechtlichen) Vertrages nicht als Argument zur Versagung der Anwendung der §§ 311 ff AktG auf solche "sonstigen" faktischen Abhängigkeiten dienen. Überdies ist auch die auf einen Beherrschungsvertrag mit einem Nichtaktionär begründete Abhängigkeit der AG nicht auf "spezifisch gesellschaftsrechtliche Ursachen" zurückzuführen.

Dies alles zeigt, daß die Argumente von Biedenkopf und Koppensteiner nicht überzeugen. Die §§ 302 II, 311 ff AktG sind also auch auf "sonstige" faktische Abhängigkeitsverhältnisse anzuwenden.

§ 28 D. Der Partner eines Beherrschungsvertrages als herrschendes Konzernunternehmen.

Bisher wurde untersucht, wer faktisch herrschendes Konzernunternehmen ist. Zwischen diesen und dem aufgrund eines Beherrschungsvertrages herrschenden Unternehmen war in der ob-igen ¹⁾ Interessenanalyse - soweit es das von dem herrschenden Unternehmen verfolgte Interesse betrifft - kein Unterschied festzustellen. Im folgenden soll dies überprüft werden. Deshalb ist zu fragen, ob für den Partner eines Beh.Ves dieselben Qualifizierungsmerkmale gelten wie für ein faktisch herrschendes Konzernunternehmen. Dabei bleiben die häufigen Fälle ²⁾ außer Betracht, in denen der Abschluß eines Beh.Ves deshalb zu-

1) Vgl. § 11

2) vgl. oben S. 23 mit Note 4.

stande kam, weil bereits ein faktisches Abhängigkeits- oder Konzernverhältnis zwischen dem Vertragspartner und der AG bestand. Das Abhängigkeits- und Konzernverhältnis (§ 18 I 2) soll also allein auf der Existenz eines Beh.Ves beruhen. Die Merkmale dieser Konzerngestaltung sollen zunächst im einzelnen dargestellt werden.

1. Oben ¹⁾ wurde bereits bemerkt, daß der BehV ²⁾ ein Organisationsvertrag ist. Daß die völlige oder teilweise Übertragung der Rechtszuständigkeit des Vorstandes der abh. AG auf den Vertragspartner den wesentlichen Inhalt des Beh.-Ves darstellt, wird von einem Teil des Schrifttums ³⁾ bejaht. Ebenso ist die Meinung vom BehV als Organisationsvertrag verbreitet. ⁴⁾ Teils wird der BehV nicht ausdrücklich als Organisationsvertrag qualifiziert, jedoch immerhin als "Satzung der durch ihn zusammengeschlossenen Unternehmensgruppe" ⁵⁾ verstanden. Die Bezeichnung als Satzung nähert sich insofern der des Organisationsvertrages, als dieser ein Oberbegriff sowohl für die Satzung ist als auch für den Beh.V.

Als Organisationsvertrag besitzt der wesentliche Teil des Beh.Ves - nämlich die Vereinbarung der Zuständigkeitsübertragung - Normcharakter ⁶⁾, da sie die Satzung der abh. AG ergänzt bzw. deren Inhalt ändert, ohne daß es einer förmlichen Satzungsänderung bedarf. Beurteilt man die Satzung nach organisationsvertraglichen Gesichtspunkten,

- 1) § 5 unter 2a.
- 2) über seine Abgrenzung zum Rahmenvertrag vgl. Winkhaus S. 113
- 3) Vgl. J. Gessler, § 308 Anm. 3,4. Nach Ballerstedt DB 57/837 ist der Zweck des Organschaftsvertrages u.a. die Beilegung der in der Sache eigenverantwortlichen Entscheidungsbefugnis des Vorstandes. Nur von einer Änderung der gesellschaftsrechtl. Zuständigkeitsordnung der abh. AG spricht Florian Fischer S. 38, 48.
- 4) Haberlandt in Möhring-Schwartz S. 293; Kober S. 27; Florian Fischer S. 38; Würdinger S. 288; unentschieden Baumbach-Hueck § 291 Rdn. 3.
- 5) Kropff BB 65/1287; so auch Flume DB 56/455 für den Organschaftsvertrag. Den Satzungscharakter betonen ebenfalls Beuthien DB 69/1781 und JuS 70/55; Stehle AG 66/235; O.Müller AG 65/135; Würdinger AG 60/112 und DB 58/1452; Florian Fischer S. 38; Straßberger S. 32 f.
- 6) Würdinger, Lehrbuch S. 288; ders. in Festschrift Walter Schmidt S. 290; Haberlandt in Möhring-Schwartz S. 293; Okko Müller AG 65/136 f; Stehle AG 66/235; Mutze AG 67/254; Kober S. 27; Florian Fischer S. 38.

so stellt man fest, daß die satzungsmäßigen Rechte und Pflichten nicht bereits im Vertragsschluß, sondern erst mit der Erfüllung des Normtatbestandes entstehen.¹⁾ Beim Beh.V existieren dagegen die Zuständigkeitsträger bereits, es erfolgt nur eine Zuständigkeitsänderung. Diese besitzt aber ebenso normativen Inhalt wie die Begründung von Zuständigkeiten.

Neben diesem Hauptinhalt enthält der Beh.V - was bereits Sapper²⁾ hervorgehoben hat - einerseits die unselbständige schuldrechtliche Verpflichtung des Vorstandes der abh. AG zur Befolgung der Weisungen des h. Us, andererseits dessen (entsprechende) Berechtigung, die Befolgung seiner Weisungen zu verlangen. Dabei handelt es sich nicht um ausdrückliche schuldrechtliche Vereinbarungen, sondern um eine schuldrechtliche Zweitwirkung (Nebenwirkung) der (normativen) Zuständigkeitsübertragung. Dies mag sich noch nicht zwingend aus der Tatsache ergeben, daß das schuldrechtliche Moment in der Definition des Beherrschungsvertrages³⁾ nicht existiert, sondern erst bei der Erläuterung der Wirkungen des Beh.Ves⁴⁾ behandelt wird. Die Unselbständigkeit dieser schuldrechtlichen Gehorsamspflicht ergibt sich aber daraus, daß die Ausübung der übertragenen Zuständigkeit durch das h.U nicht möglich wäre, wenn die abh. AG nicht zur Ausführung der Entscheidungen des h.Us verpflichtet wäre und daß die Gehorsamspflicht der abh. AG der Verwirklichung der Entscheidungsbefugnisse des h.Us dient.

Wie beim Beh.V existieren auch bei den übrigen Organisationsverträgen solche unselbständigen, den normativen Inhalt flankierenden schuldrechtlichen Pflichten. So wird z.B. durch die Satzung der AG dem Vorstand nicht nur die Berechtigung (Zuständigkeit) zur Leitung der AG übertragen,

1) Sapper S. 59; Okko Müller aaO.

2) S. 130 ff

3) § 291 I 1 AktG

4) § 308 I 1, II 1 AktG.

sondern - wie aus § 76 I AktG zu entnehmen ist ¹⁾ - auch die schuldrechtliche Pflicht zur Leitung (zur Ausübung der Zuständigkeit).

Der Beh.V enthält außer der unselbständigen schuldrechtlichen Berechtigung des h.U.s und Verpflichtung der abh. AG eine weitere, selbständige schuldrechtliche Vereinbarung, die zur Begründung eines Konzerns als einer Innen-GbR ²⁾ notwendig ist. Es handelt sich dabei um die Bestimmung des Gemeinschaftsinteresses. Das h.U. darf bei der Ausübung der auf es übertragenen Zuständigkeit die Interessen aller Konzernunternehmen verfolgen (§ 308 I 2), die abh. AG ist diesem Gemeinschaftsinteresse zu dienen verpflichtet (§ 308 II 2).

Einzelne oder bestimmte Arten von nachteiligen Weisungen können ausgeschlossen werden. Dürfen nach dem Wortlaut eines Beh.Ves überhaupt keine nachteiligen Weisungen erteilt werden, so wird regelmäßig die Verfolgung eines Konzerninteresses durch die Weisungen gegenüber der abh. AG kaum möglich sein. Ein solcher Beh.V ist zwar rechtlich möglich, wird aber in der Praxis kaum abgeschlossen werden ³⁾, weil das h.U. kein Interesse an einem solchen Vertragsschluß haben wird. Ein solcher Vertrag würde sich wirtschaftlich dem Inhalt eines Betriebsführungsvertrages ⁴⁾ annähern, gehört jedoch rechtlich der Gattung der Organisationsverträge an, während der Betriebsführungsvertrag ein schuldrechtlicher Vertrag ist. ⁵⁾

Erst aufgrund der Erkenntnis dieser für das Vorliegen eines Beh.Ves wesentlichen selbständigen schuldrechtlichen Vereinbarung läßt sich die Auffassung von der Haftung des herrschenden Konzernunternehmens nach allgemeinen (schuldrechtlichen) Vertragshaftungsregeln ⁶⁾ begründen. Würde

1) "Der Vorstand hat ... zu leiten."

2) vgl. oben § 7.

3) Baumbach-Hueck § 308 Rdn.3; Würdinger S. 288.

4) über dessen Inhalt vgl. Würdinger S. 308; Mestmäcker S. 320 f; Baumbach-Hueck § 292 Rdn.14; Geßler DB 65/1693.

5) über den schuldrechtlichen Charakter des Betriebsführungsvertrages vgl. z.B. Würdinger S. 308.

6) so offenbar Würdinger S. 290; Baumbach-Hueck § 309 Rdn.1; J. Gessler § 309 Anm. 1; Wilhelmi AG 1965/308; Amtl. Begr. zu § 298 RegE.

man die bezeichnete schuldrechtliche Vereinbarung als Inhalt des Beh.Ves ablehnen, so müßte man die Begründung einer schuldrechtlichen Vertragshaftung für unmöglich halten und eine unternehmensrechtliche Organhaftung über § 31 BGB befürworten - wie es ein Teil der Literatur vorschlägt ¹⁾.

2. Das dargestellte organisationsvertragliche Herrschafts- und Abhängigkeitsverhältnis und die dadurch gegebenen Befugnisse des vertraglich Berechtigten führen nicht zu einer anderen Beurteilung der vorhandenen wesentlichen Interessen des Herrschenden. Deshalb ist für die Qualifikation einer beherrschungsvertraglich herrschenden Person oder Personengruppe als herrschendes Konzernunternehmen die Feststellung entscheidend, daß diese eine finanzielle Konzeption verfolgen muß. Denn die in der Interessenanalyse ²⁾ im einzelnen dargestellte Regelung der §§ 300 - 310 AktG setzt - wie im Parallellfall bezgl. der §§ 311 - 318 AktG für das faktisch herrschende Konzernunternehmen ausgeführt - die Verfolgung einer solchen Konzeption voraus. Nur dadurch ist für den Herrschenden ein so starker Impuls zur nachteiligen Einwirkung auf die abh. AG gegeben, daß die Schutzvorschriften des Dritten Buches notwendig sind. Dieses von dem vertraglich herrschenden Konzernunternehmen verfolgte Interesse braucht - ebenso wie bei der faktischen Abhängigkeit - nicht immer ein Interesse an der Erzielung von Gewinnen zu sein, sondern es genügt auch die Verfolgung einer Kostendeckungs- und einer Verlustkonzeption. Weder die Vorschriften über die Bildung einer gesetzlichen Rücklage und die Verlustübernahme, noch die bezüglich des Ausgleichs und der Abfindung, noch die über Leitungsmacht und Verantwortlichkeit des h.Us erfordern das Vorliegen einer Gewinnkonzeption. Auch die Ver-

1) Beuthien DB 69/1781 ff und Jm. 70/5; Enchiridion . 108; Florian Fischer L. 136; Zartmann AG 35/98.

2) vgl. oben . 11.

pflichtung des h.U. zur Garantie eines jährlichen Gewinnanteils (§ 304 I 2 AktG) setzt bei dem h.U. nicht die Absicht der Gewinnerzielung voraus. Durch diese Garantie wird nur den außenstehenden Aktionären der abh. AG eine bestimmte Rendite gesichert. Das h.U. verpflichtet sich, den Betrag, um den die Gewinnausschüttung der abh. AG den den außenstehenden Aktionären je Aktie garantierten Gewinn unterschreitet, zur Auszahlung an diese zur Verfügung zu stellen. Dies ist aber sowohl durch ein h.U. möglich, welches eine Gewinnkonzeption verfolgt (selbst wenn es Verluste erzielt) als auch durch ein h.U. mit einer Kostendeckungs- oder einer Verlustkonzeption.

Das bedeutet: Schließt jemand, der keine eigene oder (etwa als GroßA einer anderen AG) fremde finanzielle Konzeption verfolgt, mit einer AG einen Weisungsabhängigkeitsvertrag, so sind weder die sich auf den Beherrschungsvertrag beziehenden und die Verfolgung eines der AG fremden Interesses voraussetzenden Schutzvorschriften ¹⁾ anzuwenden, noch gilt die Konzernvermutung des § 18 I 2 AktG. Deshalb könnte man annehmen, daß andere beherrschungsvertragliche Vorschriften, welche die Verfolgung eines der AG fremden Interesses nicht notwendig voraussetzen ²⁾, auf einen solchen Vertrag angewandt werden könnten, so daß auch der bezeichnete Weisungsabhängigkeitsvertrag als Beherrschungsvertrag zu qualifizieren sei. Dies ist jedoch unzutreffend, denn auch die interessen-neutrale Vorschrift des § 308 I 1 spricht von einem herrschenden Unternehmen. Personen, welche die Voraussetzung eines herrschenden (Konzern-) Unternehmens nicht erfüllen, können also nicht Partner eines Beherrschungsvertrages sein.

Deshalb ist derjenige herrschendes Konzernunternehmen aufgrund eines Beh.Ves, der bereits eine der bei der Untersuchung des Begriffs des faktisch herrschenden Konzernun-

1) vgl. z.B. § 308 I 2

2) vgl. z.B. § 308 I 1

ternehmens bezeichneten Unternehmensqualifikation verwirklicht hat. Herrschendes Konzernunternehmen ist somit z.B. auch der GroBä einer AG, der mit einer zweiten AG einen Beh.V abschließt, sowie der "private" Dritte, der zwei AGen durch Beh.Ve unterwirft. Auch eine öffentlich-rechtliche Gebietskörperschaft, die als Trägerin eines unselbständigen w. Us eine finanzielle Konzeption verfolgt oder Großaktionärin ist, wird zum herrschenden Konzernunternehmen, wenn sie - was wohl nur selten vorkommen wird - einen Beh.V mit einer AG abschließt. Das gleiche gilt für eine GbR.

3. Einige Zweifelsfragen sieht Koppensteiner ¹⁾ auch bei der Behandlung der GbR als h.U. eines Vertragskonzerns.

Ist eine AG Gesellschafterin der GbR, so erhebt sich die Frage, ob beim Abschluß eines Beh.Ves zwischen der GbR und der abh. AG die §§ 293 II und 305 Abs. II Nr. 1 und 2 AktG auf die Gesellschafter-AG einer GbR anzuwenden sind. Für die Anwendung von § 293 II spricht die Tatsache, daß die AG mit den übrigen Gesellschaftern der GbR der abh. AG aus dem Beh.V gesamtschuldnerisch haftet und das Interesse der Aktionäre der Gesellschafter-AG an der Entscheidung über die Wirksamkeit des Beh.Ves zu berücksichtigen ist. ²⁾ Dem ist zuzustimmen, weil das Zustimmungserfordernis des § 293 II gerade wegen der besonderen Verpflichtungen für die herrschende AG aufgrund des Beherrschungsvertrages (und Gewinnabführungsvertrages) ins neue Aktiengesetz aufgenommen wurde. Durch die entsprechende Anwendung des § 293 II wird also eine Lücke in der gesetzlichen Regelung geschlossen. Die Zustimmung der HV ist auch erforderlich, wenn die AG komplementärin einer oHG oder KG ist. Dagegen ist § 305 II Nr. 1 oder 2 nicht in der Weise anwendbar, daß die abh. AG bei der Existenz

1) ZHR 134/310 ff

2) Koppensteiner aaO S. 319.

mehrerer Gesellschafter-AGen einer GbR die Wahl habe, welche Aktien sie als Abfindung fordern könne. ¹⁾ Die daraus resultierenden Unklarheiten können umgangen werden, wenn man die GbR als den anderen Vertragsteil betrachtet und ihre Gesellschafter-AGen hier nicht so stark in den Vordergrund stellt. Die abh. AG erhält dann gemäß § 305 II Nr. 3 eine Barabfindung. Dagegen ist es möglich, daß beide Parteien im Beh.V eine Abfindung durch Gewährung von Aktien einer oder mehrerer Gesellschafter-AGen vereinbaren. ²⁾

Entsprechend den Erwägungen bei der Behandlung der faktisch herrschenden GbR ³⁾ kann auch die vertraglich herrschende GbR nachteilige Weisungen zugunsten der Unternehmer-Gesellschafter deswegen erteilen, weil die Gesellschafter der GbR sich mit dem Gesellschaftswillen identifizieren, also eine wirtschaftliche Identität oder zumindest Teilidentität zwischen Gesellschafter und GbR besteht. ⁴⁾

Ebenso wie § 317 III ⁵⁾ ist auch § 309 II auf solche gesetzlichen Vertreter der GbR-Gesellschafter entsprechend anwendbar, die am Zustandekommen unzulässiger schädlicher Weisungen beteiligt waren. ⁶⁾

1) Koppensteiner aaO S. 318

2) über mögliche Vereinbarungen anstelle einer Barabfindung vgl. Baumbach-Hueck § 305 Rdn. 4.

3) vgl. oben § 20 unter 20.

4) Im Ergebnis ebenso Koppensteiner aaO S. 320.

5) vgl. oben § 20 unter 20.

6) Koppensteiner aaO S. 321 f.

§ 29 B. Die Hauptgesellschaft als herrschendes Konzernunternehmen.

1. Die Frage, ob das Kriterium der finanziellen Konzeption auch für eine Hauptgesellschaft zu fordern ist, bietet zusätzliche Schwierigkeiten. Sie wäre einfach - und zwar negativ - zu beantworten, wenn in den Eingliederungsvorschriften gesagt würde, daß die Zulässigkeit der Eingliederung nur an die Rechtsform der AG gebunden und jede solche Hauptgesellschaft herrschendes Unternehmen und herrschendes Konzernunternehmen sei. Dann besäße jede eingliedernde AG diese Unternehmensqualität, ohne daß es auf das von ihr verfolgte Interesse ankäme. Diese Aussage ist in den §§ 319 ff AktG jedoch nicht enthalten, denn diese Vorschriften schließen die Möglichkeit eines weiteren Erfordernisses für die Hauptgesellschaft nach ihrem Wortlaut nicht aus. Sie ist aber auch nicht in § 18 I 2 AktG ausgesprochen, denn dort wird nur bestimmt, daß Unternehmen, von denen das eine in das andere eingegliedert ist, als unter einheitlicher Leitung zusammengefaßt anzusehen sind. Dies muß nicht bedeuten, daß jede eingliedernde AG Unternehmenscharakter besitze. Deshalb bleibt die Frage bestehen, ob jede Hauptgesellschaft herrschendes Konzernunternehmen ist oder nur diejenige, die eine finanzielle Konzeption verfolgt.
2. In den §§ 319, 320 wird ein bestimmter AG-Typ nicht vorausgesetzt. Diese Vorschriften betreffen nur den Eingliederungsvorgang; es sind im wesentlichen technische Vorschriften. Sie entscheiden nur insofern eine Interessenkollision, als sie die Zulässigkeit der Eingliederung feststellen und in § 320 IV - VII den Ausgleich der ausgeschiedenen Aktionäre bestimmen. Somit könnte eine Eingliederung von jeder AG, auch wenn sie nicht in der Absicht der Ertragserzielung handelt, vorgenommen werden.
Demgegenüber setzen die §. 321 - 325 (und §. 320 IV - VII) die Kollision solcher grundsätzlicher Interessen voraus,

wie sie auch in den §§ 300 - 318 gegeben sind. Sie gestatten sogar eine weitergehende Interessenverfolgung als sie aufgrund faktischer Verhältnisse oder beherrschungsvertraglicher Befugnisse zulässig ist. Denn die Hauptgesellschaft kann gemäß §§ 323, 324 das Vermögen der eingegliederten AG sich oder anderen Konzernunternehmen in einem solchen Umfang zuführen, daß in der abh. AG schließlich nur noch ein Reinvermögen in Höhe des Grundkapitals gebunden bleibt.¹⁾ Demgemäß wäre zu fordern, daß nur eine solche AG Hauptgesellschaft und herrschendes Konzernunternehmen sein könne, die eine finanzielle Konzeption verfolgt.

Berücksichtigt man neben diesen beiden Vorschriftengruppen noch die Vermutung des § 18 I 2, so ergeben sich bzgl. der Qualifizierung der Hauptgesellschaft als herrschendes Konzernunternehmen drei Möglichkeiten:

(a) Jede AG kann eine andere AG eingliedern; § 18 I 2 gilt für alle AGen als Hauptgesellschaften, auch wenn sie nur ein Haushaltsinteresse verfolgen.

(b) Eine Eingliederung kann nur durch eine Hauptgesellschaft mit finanzieller Konzeption vorgenommen werden; folglich gilt § 18 I 2 auch nur für eine solche eingliedernde AG.

(c) Eine Eingliederung ist durch jede AG zulässig (wie oben unter a), aber § 18 I 2 ist nur anwendbar auf eine Hauptgesellschaft, welche eine finanzielle Konzeption verfolgt.

3. Bei der Untersuchung, welche der drei Möglichkeiten zutrifft, ist zunächst festzustellen, daß die eingliedernde AG nicht bereits aufgrund ihrer Rechtsform herrschendes Konzernunternehmen sein kann. Diese Auffassung wurde bereits oben²⁾ widerlegt. Auch die Tatsache, daß nach Voll-

1) Vgl. auch Würdinger S. 321 f.

2) vgl. § 18 der Untersuchung.

zug der Eingliederung ein Aktionärsschutz nicht mehr erforderlich ist, hat für die Unternehmensqualifizierung - wie sich auch bereits beim faktisch herrschenden Alleina gezeigt hat ¹⁾ - keine Bedeutung.

Es ist jedoch zu bedenken, daß die eingliedernde AG bereits vor der Eingliederung Alleina oder GroBA der einzugliedernden AG ist. Deshalb ist sie auch schon vorher faktisch herrschendes (Konzern-) Unternehmen (§§ 17, 18 I 3, 311 ff AktG). Dies ist sie jedoch nur dann, wenn sie eine finanzielle Konzeption verfolgt. Würde man die obige Auffassung (a) für zutreffend halten, so müßte (nach Vollzug der Eingliederung) die bloße Änderung der Abhängigkeitsform eine andersartige Abgrenzung zwischen herrschendem (Konzern-) Unternehmen und herrschender Person (= Nicht-unternehmen) bewirken. Es ist jedoch nicht anzunehmen und kein gesetzgeberischer Grund dafür zu erkennen, daß die im Rahmen des Dritten Kapitels unternehmensqualifizierende finanzielle Konzeption allein bei der Eingliederung nicht entscheidend sein und somit für den Eingliederungskonzern etwas anderes gelten solle. Demnach müßte die Möglichkeit (a) ausgeschlossen werden.

Weiterhin ist zu bemerken, daß der Ausgangspunkt der gesetzlichen Regelung des Konzernrechts, auch der §§ 319 - 327 AktG ²⁾, die Gefahr ist, die von dem herrschenden Unternehmen dadurch ausgeht, daß es seine Interessen gegenüber der abh. AG verfolgt oder verfolgen kann. Die §§ 319, 320 beschränken die Zulässigkeit der Eingliederung auf AGen. Zu dem bei dem herrschenden (Konzern-) Unternehmen vorhandenen Interesse ist durch die §§ 319, 320 also nur die Beschränkung der Zulässigkeit der Eingliederung auf AGen hinzugekommen. Demnach kann man - das zeigt auch die Existenz der §§ 321 ff - nicht annehmen, durch die Beschränkung der Eingliederungsregelung auf AGen habe der Gesetzgeber das ansonsten beim herrschenden (Konzern-)

1) vgl. oben § 26.

2) vgl. auch Amtl. Begr. Reg., Vorbemerkung vor § 308 ff RegE.

Unternehmen im Rahmen der §§ 300 - 318 vorausgesetzte besondere Interesse, die Verfolgung einer finanziellen Konzeption, unberücksichtigt gelassen oder gar darauf verzichtet. Daraus müßte man folgern, daß nur eine AG, welche eine finanzielle Konzeption verfolgt, Hauptgesellschaft und damit gemäß § 18 I 2 AktG herrschendes Konzernunternehmen sein kann (oben Möglichkeit b).

Schließlich ist darauf zu verweisen, daß die Vermutung des § 18 I 2 AktG für Beherrschungsvertrag und Eingliederung gleichermaßen gilt und in demselben Satz ausgesprochen ist. Deshalb liegt es nahe anzunehmen, daß der Begriff des herrschenden Konzernunternehmens bei Beherrschungsvertrag und Eingliederung - von dem Erfordernis der besonderen Rechtsform innerhalb der §§ 319 ff abgesehen - derselbe ist. Da beim Beherrschungsvertrag das Merkmal der finanziellen Konzeption das Kriterium für die Qualifizierung als herrschendes Konzernunternehmen darstellt, müßte dies auch für die Hauptgesellschaft gelten.

Darüber hinaus ist an den größeren systematisch-logischen Zusammenhang des § 18 I AktG mit den §§ 300 - 327 AktG zu erinnern. Der Begriff des herrschenden Konzernunternehmens in § 18 I AktG enthält Merkmale, die allgemein, d.h. für alle herrschenden Konzernunternehmen der Vorschriftengruppen betr. den faktischen, Beherrschungsvertrags- und Eingliederungskonzern gleichermaßen gelten. Es ist nun logisch möglich, daß in den einzelnen bezeichneten Vorschriftengruppen des Dritten Buches für das herrschende Konzernunternehmen weitere - auch unterschiedliche - Merkmale festgelegt sind. So wird z.B. in §§ 319 ff für das herrschende Konzernunternehmen eines auf einer Eingliederung beruhenden Konzerns die Rechtsform der AG gefordert, was im faktischen und im Beherrschungsvertragskonzern nicht notwendig vorausgesetzt wird. Es ist jedoch logisch unmöglich, daß für das herrschende Konzernunternehmen in den bezeichneten Vorschriftengruppen des Dritten

Buches oder in einer der Gruppen - etwa bei der Eingliederung - ein Merkmal abgelehnt wird, welches zu den allgemeinen Merkmalen des herrschenden Konzernunternehmens in § 18 I AktG zählt. Das Merkmal der finanziellen Konzeption muß demnach auch für die Hauptgesellschaft gelten, wenn es zu den allgemeinen Merkmalen des "herrschenden Konzernunternehmens" in § 18 I AktG zu rechnen ist. Dies kann man jedoch nicht sogleich bejahen, weil der Begriff des herrschenden Konzernunternehmens in diesem Kapitel auf induktivem Weg gefunden werden soll und man deshalb nicht einfach von einem bereits feststehenden Begriff des herrschenden Konzernunternehmens des § 18 I AktG deduzieren kann. Es ist jedoch festzuhalten, daß das Merkmal der finanziellen Konzeption als Kriterium für das "herrschende Konzernunternehmen" im faktischen und Beherrschungsvertragskonzern festgestellt wurde, und zwar indem die Lösung der Interessenkollision in diesen Vorschriftengruppen betrachtet wurde. Diese Ergebnisse legen den Schluß nahe, daß das Kriterium der finanziellen Konzeption nicht nur für das herrschende Konzernunternehmen in diesen Vorschriftengruppen, sondern allgemein für das herrschende Konzernunternehmen in § 18 I AktG und damit auch im Eingliederungskonzern gilt. Dies ist auch deshalb anzunehmen, weil die Eingliederungsvorschriften der §§ 320 IV - VII, 321 ff AktG eine Interessenkollision voraussetzen, die grundsätzlich der im faktischen und im Beherrschungsvertragskonzern gleicht.

Nach alldem ist die Feststellung berechtigt, daß bei der Frage nach den Voraussetzungen der Hauptgesellschaft als herrschendes Konzernunternehmen den §§ 320 IV - VII, 321 ff AktG, welche die Verfolgung einer finanziellen Konzeption durch die Hauptgesellschaft fordern, innerhalb der Eingliederungsvorschriften das entscheidende Gewicht beizumessen ist. Die §§ 319, 320 I - III AktG sind deshalb als Beschreibung der Eingliederungstechnik für den gesuchten Begriffsinhalt nur insofern von Bedeutung, als sie für das

herrschende Konzernunternehmen eines Eingliederungskonzerns die Rechtsform der AG verlangen.

Auch die Hauptgesellschaft muß demnach eine finanzielle Konzeption verfolgen.

Viertes Kapitel: Der Begriff des abhängigen Konzern-
=====
unternehmens.
=====

Die obige ¹⁾ Interessenanalyse ging von dem Regelfall aus, daß sowohl das herrschende Konzernunternehmen als auch die abhängige AG ein Gewinninteresse verwirklichen. Dieses vorläufige Ergebnis wurde bzgl. des herrschenden Konzernunternehmens im Dritten Kapitel dahingehend verfeinert, daß das herrschende Konzernunternehmen eine finanzielle Konzeption verfolge. Im Vierten Kapitel soll nun untersucht werden, ob ein abhängiges Konzernunternehmen nur im tatsächlich regelmäßig gegebenen Falle der Verwirklichung einer Gewinnkonzeption oder auch im Falle der Verfolgung eines anderen Interesses zu bejahen ist.

§ 30 Begriffliche Folgerungen aus der konzernrechtlichen Interessenlage.

1. Bei der Frage nach dem Begriff des abhängigen Konzernunternehmens ist vom Zweck der konzernrechtlichen Schutzvorschriften auszugehen.

Zur Lösung dieser Frage sind außerkonzernrechtliche Vorschriften des Aktiengesetzes, welche den Begriff "abhängiges Unternehmen" verwenden, nicht heranzuziehen. Dies wäre nur dann möglich, wenn es einen für das ganze Aktiengesetz gültigen Begriff des abhängigen Unternehmens gäbe ²⁾. Dies

1) Vgl. oben § 11.

2) vgl. oben § 12 unter Nr. 2.

ist jedoch nicht der Fall, denn der Begriff wird in Regelungen verwandt, die verschiedenen Gesetzeszwecken dienen. So bezwecken z.B. die §§ 56 I, II und 71 IV AktG die Sicherung des Gesellschaftskapitals; deshalb ist die wirtschaftliche Betätigung des abhängigen Unternehmens bedeutungslos, dafür aber erforderlich, daß die herrschende AG an dem abhängigen Unternehmen finanziell beteiligt oder ihm gegenüber ausgleichspflichtig ist.¹⁾ Auch im Rahmen des § 165 IV AktG ist die wirtschaftliche Betätigung des abhängigen Unternehmens nicht entscheidend, weil auch die Beziehung einer AG zu einer Mantelgesellschaft, deren Anteile sie besitzt, für den Prüfer ebenfalls von Bedeutung sein kann.²⁾ Schließlich kommt es in § 136 II AktG darauf an zu verhindern, daß die Verwaltung der AG durch die Stimmen des abhängigen Unternehmens die Entscheidungen der Hauptversammlung mitbestimmt.³⁾ Aus der Existenz dieser verschiedenen Gesetzeszwecke ergibt sich bereits, daß es keinen einheitlichen Begriff des abhängigen Unternehmens im Aktiengesetz gibt, der dann infolge der Vermutungen des § 18 I AktG mit dem Begriff des abhängigen Konzernunternehmens gleichzusetzen wäre.

Der Begriff des abhängigen Konzernunternehmens soll vielmehr dadurch gefunden werden, daß das entscheidende Kriterium für die Qualifizierung einer AG als einer abhängigen Konzern-AG i.S. der §§ 300 - 327 AktG entwickelt und anschließend als Definitionsmerkmal für den allgemeinen Begriff des abhängigen Konzernunternehmens i.S. dieser Vorschriftengruppe verwandt wird. Dabei soll das Kriterium zunächst nicht durch die Betrachtung einzelner Fallgruppen, sondern aufgrund der bisherigen Ergebnisse durch eine allgemeine Untersuchung entwickelt werden.

Es ist also im folgenden zu fragen, welche begriffswesentlichen Qualifikierungsmerkmale eine abh. AG aufweisen muß,

1) Würdinger in Festgabe Kunze S. 179 f.

2) Würdinger aaO S. 180.

3) Würdinger aaO S. 178 f.

um als abhängiges Konzernunternehmen bezeichnet werden zu können. ¹⁾

2. Es liegt nahe, die Frage zu bejahen, ob - wie beim Begriff des herrschenden Konzernunternehmens - auch für die abhängige Konzern-AG das Streben nach der Erzielung von Gewinnen oder die Verfolgung einer sonstigen finanziellen (Kostendeckungs- oder Zuschuß-) Konzeption zu fordern sei.

Die Voraussetzung der Verfolgung einer Gewinnkonzeption wird insbesondere durch die Regelungen der §§ 300 ff, 304 f, 316 AktG gestützt. Da die Verwirklichung einer Gewinnkonzeption in der Praxis die Regel ist, hat das Aktiengesetz ihrer Berücksichtigung in den §§ 300 - 327 breiten Raum gegeben. Würde man jedoch dieses bei der selbständigen Teilnahme am Wirtschaftsleben regelmäßig vorliegende Streben nach der Erzielung von Gewinnen zum begriffswesentlichen Merkmal der abhängigen Konzern-AG erklären, so würde durch die Vorschriften der §§ 300 - 327 AktG nur die gewinnorientierte wirtschaftliche Betätigung geschützt. Eine AG, welche sich die Verminderung von Verlusten oder den Ausgleich zwischen Aufwendungen und Ertrag zum Ziel gesetzt hat, könnte dann kein abhängiges Konzernunternehmen sein.

Eine derartige Abgrenzung ist nicht gerechtfertigt. Auch eine nach dem Kostendeckungs- oder dem Zuschuß- bzw. Verlustprinzip geführte abh. AG kann vom herrschenden Konzernunternehmen zu einem nachteiligen Verhalten veranlaßt werden, weil das herrschende Konzernunternehmen auch in diesen Fällen Vorteile für sich oder andere Konzernunternehmen erlangen kann. Einem herrschenden Konzernunternehmen geht es nicht nur um Gewinnabschöpfungen, sondern überhaupt um die Erlangung unmittelbarer oder mittelbarer ertragserzeugender Vorteile. Deshalb wird das herrschende (Konzern-) Unternehmen eine abhängige AG nicht nur dann zu einem für sie finanziell nachteiligen Verhalten veranlassen, wenn sie

1) vgl. oben S. 50

eine Gewinnkonzeption verfolgt, sondern auch wenn sie eine andere finanzielle Konzeption verwirklicht. Die Veranlassung einer solchen abhängigen AG zu nachteiligen Maßnahmen führt bei dieser folglich zur Erzeugung (bei Kostendeckungsprinzip) oder Vermehrung (bei Verlust- oder Zuschußprinzip) eines Verlustes. Dies gilt auch für die abh. AG eines Vertragskonzerns. Die Vorschriften über die Verlustübernahme (§ 302) sowie Ausgleich und Abfindung (§ 304 f) stehen dem nicht entgegen. Wird eine abh. AG nach dem Verlust- oder Zuschußprinzip geführt, d.h. ist ihre Geschäftstätigkeit darauf angelegt, pro Geschäftsjahr einen Verlust zu erbringen, der einen bestimmten Extremwert nicht übersteigen darf, und wird dieser Verlust durch einen entsprechend hohen jährlichen Zuschuß gedeckt, so wäre § 302 I AktG in der Weise entsprechend anzuwenden, daß das herrschende Konzernunternehmen den Verlust übernehmen muß, der den Extremwert der Bezuschussung überschreitet. Die §§ 304 f gelten nur für eine abh. AG, die in Gewinnerzielungsabsicht tätig wird. Verfolgt eine abh. AG eine andere finanzielle Konzeption, so sind diese Vorschriften unbeachtlich.

Die Gefährdung einer abhängigen AG durch die Einflußnahme oder die Möglichkeit der Einflußnahme seitens des herrschenden (Konzern-) Unternehmens ist demnach immer dann gegeben, wenn die AG eine finanzielle Konzeption - gleich welcher Art - verfolgt.

Weiterhin ist zu fragen, ob eine abhängige Konzern-AG ebenso gefährdet ist, wenn sie ohne eigene finanzielle Konzeption selbständig am Wirtschaftsleben teilnimmt. Der Unterschied zwischen dieser AG und derjenigen mit finanzieller Konzeption ist in dem Verhältnis des finanziellen Interesses zum Leistungsinteresse zu sehen.

Bei den kostendeckend und mit Zuschüssen arbeitenden Unternehmen wird die Verwirklichung einer Leistungskonzeption nicht von der gleichzeitigen Verfolgung einer Gewinnkonzeption abhängig gemacht. Für diese Unternehmen ist

also die Unternehmensleistung wichtiger als die Erzielung von Gewinnen. Die Leistungskonzeption besitzt für sie eine größere Bedeutung. Fehlt jedoch einer am Wirtschaftsleben teilnehmenden AG die Verfolgung einer finanziellen Konzeption vollkommen, so ist für sie der Wille zur Verwirklichung der Leistungskonzeption allein entscheidend. Der Saldo zwischen Aufwendungen und Ertrag ist für sie ohne Bedeutung, denn auf die Erzielung eines Ertrages kommt es ihr überhaupt nicht mehr an.¹⁾ Gleichwohl verfolgt sie noch ein finanzielles Interesse, nämlich ein Haushaltsinteresse, welches darauf gerichtet ist, möglichst wirtschaftlich und sparsam zu arbeiten, also die Aufwendungen möglichst gering zu halten.

Eine solche AG bietet einem herrschenden Unternehmen ebensolche wirtschaftlichen Vorteile wie eine AG, welche eine finanzielle Konzeption verfolgt. Die von der AG produzierten Waren und Leistungen sowie die technischen und organisatorischen Vorteile der AG können für das herrschende Unternehmen und weitere, von diesem abhängige Konzernunternehmen nützlich sein, auch wenn die abhängige AG keine finanzielle Konzeption verfolgt. Auch der Anreiz des herrschenden Unternehmens, sich diese Vorteile zunutze zu machen, hängen nicht davon ab, daß die abhängige AG eine finanzielle Konzeption verfolgt. Der Impuls zu nachteiligen Veranlassungen ist nur in dem Streben des herrschenden Unternehmens selbst nach der Erzielung von Erträgen zu sehen. Es könnte jedoch die Auffassung vertreten werden, die Qualifikation als abhängiges Konzernunternehmen fehle der hier betrachteten AG deswegen, weil sie nicht zu einem für sie finanziell nachteiligen Verhalten veranlaßt werden könne, da sie keine Erträge erziele. Dem ist jedoch entgegenzuhalten, daß die Veranlassung finanzieller Nachteile nur die Verfolgung eines beliebigen finanziellen Interesses voraussetzt. Das muß nicht ein Interesse an der Erzielung von Erträgen sein. Es genügt auch lediglich das Interesse an möglichst geringen Aufwendungen, also die Verfolgung eines Haushaltsin-

1) vgl. das oben S. 119 genannte Beispiel.

teresses. Dieses kann durch Veranlassungen des herrschenden Unternehmens ebenso stark beeinträchtigt werden wie das Interesse an Ertragserzielung. Somit ist die besondere Gefährdung auch der hier betrachteten AG gegeben.

Für die Schutzbedürftigkeit der abhängigen AG ist es deshalb unerheblich, welches finanzielle Interesse sie verfolgt. Handelt es sich um eine finanzielle Konzeption, so ist sie schutzbedürftig, weil das Interesse an Ertragserzielung und/oder an möglichst geringen Aufwendungen gefährdet bzw. beeinträchtigt wird. Fehlt eine finanzielle Konzeption und verfolgt die abhängige AG nur ein Haushaltsinteresse, so ist sie schutzbedürftig, weil ihr Interesse, ihre Aufwendungen möglichst gering zu halten, gefährdet bzw. beeinträchtigt wird.

Auch beim Abschluß eines Beherrschungsvertrages durch eine (abhängige)AG, welche ein Haushaltsinteresse verfolgt, müßte das herrschende Konzernunternehmen gemäß § 302 I AktG den Verlust der AG ausgleichen. Dieser entsteht hier nicht - wie bei der AG mit Gewinn- oder Kostendeckungskonzeption - dadurch, daß die Aufwendungen den Ertrag übersteigen; auch nicht - wie bei der AG mit Zuschußkonzeption - dadurch, daß die Aufwendungen die Summe von Zuschuß und Erträgen übersteigen; sondern der Verlust entsteht dadurch, daß die (regelmäßige und gleichbleibende) Ausstattung der AG mit Haushaltsmitteln nicht ausreicht, um die (durch die Weisungen des herrschenden Konzernunternehmens vermehrten) Aufwendungen zu decken.

Die Tatsache der gleich starken Gefährdung der abh. AG mit und ohne finanzielle Konzeption und die daraus folgende gleiche Schutzbedürftigkeit muß jedoch noch nicht zum gleichen Schutz führen, wenn sich aus gesamtwirtschaftlichen Gründen ergibt, daß die abhängige AG des einen Typs nicht so schutzwürdig ist wie die andere. Solche Betrachtungen können und müssen bei der Frage angestellt werden, ob für den Begriff der abhängigen Konzern-AG die Existenz einer finanziellen Konzeption erforderlich ist oder ob die

Verfolgung eines Haushaltsinteresses genügt.

Bei der Untersuchung des Begriffs des herrschenden Konzernunternehmens wurden gesamtwirtschaftliche Erwägungen - nämlich ob eine größere Wirtschaftseinheit mit der Möglichkeit eines volkswirtschaftlich nützlichen Effektes gebildet werden könne - nicht als für die Definition wesentlich betrachtet. ¹⁾ Dies war möglich und notwendig, weil das Aktiengesetz die Grundsatzfrage der Zulässigkeit der Bildung größerer Wirtschaftseinheiten selbst nicht entscheidet, sondern die woanders bereits getroffene Entscheidung nur berücksichtigt. ²⁾

Demgegenüber regelt das Aktiengesetz den Schutz der abhängigen (Konzern-) AG selbst. Da in dem gegebenen Wirtschaftssystem die einzelne Unternehmung nicht um ihrer selbst willen existiert, sondern auch volkswirtschaftlich wichtige Aufgaben zu erfüllen hat, ist zur Feststellung des aktienrechtlichen Schutzzwecks der Blick auf gesamtwirtschaftliche Zusammenhänge zulässig und erforderlich. Aus gesamtwirtschaftlicher Sicht ist es entscheidend, daß die einzelnen Unternehmungen die Produktion und Verteilung von knappen Gütern, d.h. von Waren und Leistungen, übernehmen. In dieser Sicht kommt es also darauf an, daß die Unternehmungen eine Leistungskonzeption besitzen und verwirklichen. Diese ist das eigentlich Schutzwürdige. Da die Unternehmungen jedoch regelmäßig die Verfolgung einer Leistungskonzeption von der gleichzeitigen Verwirklichung einer finanziellen, insbesondere einer Gewinnkonzeption abhängig machen, ist in diesen Fällen - um die weitere Verwirklichung der Leistungskonzeption zu erreichen - (vordergründig) die finanzielle Konzeption zu schützen. Dadurch wird mittelbar der Schutz der Leistungskonzeption bewirkt. Die finanzielle Konzeption wird also geschützt als finanzielle Grundlage für die Verwirklichung der Leistungskonzeption. Da es auf die Unternehmensleistung letztlich ankommt, ist jedes finanzielle

1) vgl. oben S. 68, 80, 119 ff.

2) vgl. oben S. 68

Interesse als Grundlage einer Leistungskonzeption schutzwürdig. Der Schutz vor der besonderen Gefährdung durch ein herrschendes Konzernunternehmen hat also nicht nur der abhängigen AG mit finanzieller Konzeption, sondern auch der abhängigen AG, welche ein Haushaltsinteresse verfolgt, zu gelten.

3. Bevor der allgemeine Begriff des abhängigen Konzernunternehmens bestimmt werden kann, ist noch zu fragen, ob die Verfolgung eines beliebigen finanziellen Interesses wirklich das (alleinige) Kriterium für die Definition darstellt. Wäre dies der Fall, so müßten auch die Träger privater und öffentlicher Haushalte als abhängige Konzernunternehmen betrachtet werden, weil sie ebenfalls ein Haushaltsinteresse verfolgen. Diese Konsequenz entspricht sicher nicht der mit den Regeln des Konzernrechts verfolgten Zielvorstellung. Deshalb sind die Haushaltsträger aus dem Begriff des abhängigen Konzernunternehmens auszuklammern. Dies wird dadurch bewirkt, daß man für das abhängige Konzernunternehmen das Merkmal der selbständigen Teilnahme am Wirtschaftsleben, also der Verwirklichung einer Leistungskonzeption fordert.

Bei der Beschränkung der Untersuchung auf die abhängige AG ¹⁾ wurde diese Abgrenzung deshalb noch nicht vorgenommen, weil eine AG regelmäßig, solange sie überhaupt eine Betriebs-tätigkeit entfaltet, selbständig am Wirtschaftsleben teilnimmt. Bei anderen Rechtsformen, wie etwa dem Verein, wird dies nicht so selbstverständlich sein.

Neben dem Merkmal der selbständigen Teilnahme am Wirtschaftsleben ist die Verfolgung eines finanziellen Interesses nicht begrifflich notwendig. Jede Verwirklichung einer Leistungskonzeption setzt nämlich die Verfolgung eines beliebigen finanziellen Interesses - einer finanziellen Konzeption oder eines Haushaltsinteresses - voraus.

Abhängiges Konzernunternehmen kann also jede Person oder Personengruppe sein, welche eine Leistungskonzeption verwirklicht bzw. selbständig am Wirtschaftsleben teilnimmt.

1) unter 2

4. Die bei der Untersuchung des Begriffs des herrschenden Konzernunternehmens genannten "gewerblichen" Betätigungen¹⁾ stellen eine selbständige Teilnahme am Wirtschaftsleben dar. Deshalb ist jeder ein abhängiges Konzernunternehmen, der eine dieser Tätigkeiten ausübt, also auch beispielsweise der Minderkaufmann oder der Land- und Forstwirt. Das oben²⁾ nicht als herrschendes Konzernunternehmen betrachtete kommunale Verkehrsunternehmen, welches mit dem Nulltarif arbeitet, kann ebenfalls abhängiges Konzernunternehmen sein. Die freiberufliche Tätigkeit soll wieder gesondert behandelt werden.

Was den Begriffsumfang angeht, so können AG und KGaA abhängige Konzernunternehmen sein. Bezüglich der Abhängigkeitsformen und Zusammenfassungsmöglichkeiten wird auf die Darlegungen bei der Behandlung des "herrschenden Konzernunternehmens" verwiesen. Nur eine AG kann abhängiges Unternehmen eines Eingliederungskonzerns, nur AG und KGaA können beherrschungsvertraglich abhängige Konzernunternehmen sein. Rechtssubjekte anderer Rechtsform sind nur faktisch abhängige (Konzern-) Unternehmen.

Eine GmbH kann von einem Unternehmens-Gesellschafter aufgrund dessen Beteiligung oder von einem dritten Unternehmen infolge sonstiger faktischer Einwirkungsmöglichkeiten abhängig sein. Diese sonstige faktische Abhängigkeit, z.B. durch langfristige und umfangreiche Liefer- und Abnahmeverträge, kann auch existieren bei einer Stiftung, einer Personengesellschaft und einem Einzelkaufmann oder Handwerker. Personengesellschaften (OHG und KG) können auch von einem (Unternehmens-) Gesellschafter abhängig sein, wenn dieser etwa kraft gesellschaftsvertraglicher Regelung die Leitung der Gesellschaft innehat. Die Abhängigkeit vom Komplementär kann durch Übertragung der Geschäftsführung auf ihn allein und entsprechende faktische Umstände, die Abhängigkeit vom Kommanditisten durch die Einräumung interner Entscheidungsbefugnisse und die Erteilung von

1) § 13, S. 88 ff.

2) § 16, S. 110 ff.

Prokura bewirkt werden. ¹⁾ Eine Beteiligung an einer stillen Gesellschaft kann bei atypischer Gestaltung dieses innengesellschaftlichen Verhältnisses, so bei der Übertragung von Geschäftsführungsrechten ²⁾ auf den stillen Gesellschafter, zur faktischen Abhängigkeit des Kaufmannes führen. Entsprechendes gilt für die Abhängigkeit eines Nichtkaufmannes von einem anderen aufgrund der Bildung einer Innen-GbR.

Andere Personen oder Personengruppen werden gesondert behandelt.

§ 31 Die juristischen Personen und rechtlich selbständigen Sondervermögen des öffentlichen Rechts.

Juristische Personen des öffentlichen Rechts können selbständig am Wirtschaftsleben teilnehmen bzw. eine Leistungskonzeption verfolgen. Dies gilt besonders für Gebietskörperschaften, die ein rechtlich unselbständiges wirtschaftliches Unternehmen betreiben. Sie sind jedoch dann nicht als abhängige Konzernunternehmen zu qualifizieren, wenn sie wegen der notwendigen Verfolgung öffentlicher Zwecke kein Abhängigkeitsverhältnis zu einem Unternehmen begründen dürfen. Für Gemeinden ergibt sich dies aus der in den Gemeindeordnungen fixierten Verpflichtung zur Verwirklichung öffentlicher Aufgaben mittels des wirtschaftlichen Unternehmens. ³⁾ Für Bund und Länder ist dieses Ergebnis weniger einleuchtend, da sie einer solch strengen Bindung ihrer wirtschaftlichen Betätigung nicht unterliegen. Da

1) Bachelin S. 12 fordert dagegen, daß der Gesellschafter allein-geschäftsführungsbefugt und -vertretungsberechtigt sein müsse.

2) vgl. Schlegelberger-Gessler, § 335 Rdn. 20 a.

3) vgl. oben S. 96.

sich jedoch in den Leitungsentscheidungen der Bundesbetriebe auch politische Vorstellungen niederschlagen werden, kann der Bund sich zumindest bezüglich solcher, zur Erfüllung auch politischer Aufgaben dienender Unternehmen nicht in eine Abhängigkeit begeben. Auch Bundesbahn und Bundespost können deshalb keine abhängigen Konzernunternehmen sein. Das gleiche gilt für die Unternehmen der Länder. Im übrigen können Bund und Länder jedoch abh. Konzernunternehmen sein.

§ 32 Die freien Berufe.

Personen, die eine freiberufliche Tätigkeit ausüben, können von einem herrschenden Unternehmen abhängig sein.¹⁾ Die Abhängigkeit kann unter anderem darauf beruhen, daß das herrschende Unternehmen sich an den Unternehmungen der abhängigen Person kapitalmäßig beteiligt und mit ihr eine Innengesellschaft bürgerlichen Rechts gründet, wodurch es auf die berufliche Betätigung der abhängigen Person erheblichen Einfluß ausüben kann. Die Berufe des Rechtsanwalts und Notars gestatten jedoch wegen ihrer besonderen öffentlich-rechtlichen Aufgaben²⁾ keine faktische Abhängigkeit.

Die Angehörigen freier Berufe nehmen selbständig am Wirtschaftsleben teil.³⁾ Dies könnte bei den künstlerischen Berufen bezweifelt werden, weil sie keine wirtschaftlich nützlichen Güter produzieren. Darauf kann jedoch nicht abgestellt werden. Würde es auf den hergestellten Gegenstand ankommen, so müßte auch der Händler mit Kunstgegenständen von der Teilnahme am Wirtschaftsleben ausgeschlossen sein - was nicht einzusehen ist. Entscheidend ist also

1) vgl. auch Herrnring S. 103.

2) vgl. oben S. 133.

3) Herrnring S. 60.

nicht die Herstellung gewerblich oder künstlerisch wertvoller Gegenstände, sondern nur die Tatsache, ob alle diese Produkte entweder geschaffen werden zum Zwecke der Verteilung oder aber um sie überhaupt zu schaffen, ausschließlich um des "Schöpfungsaktes" willen. Nur im letztgenannten Fall wird von dem Künstler keine Leistungskonzeption verfolgt, nimmt er nicht selbständig am Wirtschaftsleben teil. Dies wird aber selbst bei künstlerischen Berufen nur sehr selten der Fall sein. Demgemäß verfolgen die Angehörigen wissenschaftlicher Berufe immer, selbständige Künstler in aller Regel eine Leistungskonzeption. Sie können also abhängige Konzernunternehmen sein. Herrnring¹⁾ lehnt die bezeichnete Unternehmensqualität der Angehörigen freier Berufe ab, weil das Wesen der freiberuflichen Tätigkeit in der persönlichen Leistungserbringung bestehe und somit eine herrschende AG die von ihr abhängigen freiberuflich tätigen Rechtssubjekte nicht zur Steigerung ihres Wirtschaftspotentials i.S. einer Steigerung ihrer Produktionsmittel, ihres Kapitals oder ihrer Arbeitskräfte benutzen könne. Dies trifft sicher zu, wenn z.B. ein Instrumentalkünstler von einem Unternehmen der chemischen Industrie abhängig sein sollte. Für einen derartigen Fall ist das Argument Herrnrings zutreffend. Dies darf jedoch noch nicht zur Ablehnung der Qualifizierung der freiberuflich Tätigen als abhängiges Unternehmen führen. Das Argument Herrnrings verlangt vielmehr nur die Ablehnung des Vorhandenseins einer einheitlichen Leitung, was zumindest beim Vorliegen einer extremen Branchenverschiedenheit nahe liegt. Auch im gegebenen Beispielsfall ist die Vermutung der einheitlichen Leitung des § 18 I 3 AktG ohne Schwierigkeiten zu widerlegen. Anders kann dies jedoch in Fällen sein, in denen ein Schriftsteller von einem Verlag oder ein Architekt von einem Bauunternehmer abhängig ist. Hier ist die freiberufliche Tätigkeit für den Produktionsbereich der herrschenden Unternehmen sehr bedeutend. Dementsprechend kann auch die Einflußnahme auf die Abhängi-

1) S. 103

gen sehr umfangreich sein. So kann z.B. ein Schriftsteller dazu veranlaßt werden, nur bestimmte Themen zu behandeln, eine bestimmte Form (etwa Romanform) einzuhalten, sich bzgl. seiner Sprache dem Publikumsgeschmack anzupassen und seine Werke nur durch den herrschenden Verlag verlegen zu lassen. Entsprechende Beschränkungen können z.B. auch von einem Architekten verlangt werden. Es ist auch möglich, daß das herrschende Unternehmen selbst eine freiberufliche Tätigkeit verfolgt.

Dies alles zeigt, daß auch die Ausübung eines freien Berufes einer abhängigen Person oder Personengruppe die Eigenschaft eines abhängigen Konzernunternehmens vermittelt.

§ 33 Kleinunternehmungen.

Auch Kleinunternehmungen können abhängige Konzernunternehmen sein. Die Argumente gegen die entgegengesetzte Auffassung Herrnrings¹⁾ entsprechen den Erwägungen, welche bei der Frage angestellt wurden, ob eine Kleinunternehmung herrschendes Konzernunternehmen sein kann²⁾. Von dem klaren Abgrenzungskriterium der Verwirklichung einer Leistungskonzeption könnte nur dann abgewichen werden, wenn dies die Situation erzwingt. Eine solche Notwendigkeit ist aber nicht gegeben. Für die abhängige Konzern-AG ist es unerheblich, ob das herrschende Konzernunternehmen sie zugunsten eines großen oder kleinen abhängigen Konzernunternehmens zu für sie nachteiligen Maßnahmen veranlaßt. Daß auch eine Kleinunternehmung abhängiges Konzernunternehmen sein kann, ergibt sich auch aus der den §§ 311 ff AktG benachbarten Vorschrift des § 329 II 2 AktG, die von Herrnring zur Begründung seiner Auffassung herangezogen wurde. Dort ist bestimmt, daß von der Einbeziehung eines Konzernunternehmens in den Konzernabschluß abgesehen werden kann, wenn

1) S. 102

2) oben S. 124.

das Unternehmen für die Vermögens- und Ertragslage des Konzerns nur von geringer Bedeutung ist. Die u.a. daraus hergeleitete Folgerung, Kleinunternehmungen könnten keine Konzernunternehmen sein, ist falsch, denn das Gesetz bezeichnet gerade auch diese für die Vermögens- und Ertragslage des Konzerns unbedeutenden Unternehmen als Konzernunternehmen. Der Umfang eines Unternehmens ist also für die Qualifizierung als abhängiges Konzernunternehmen unmaßgeblich. Ein solches Kriterium würde auch einen zu unbestimmten und unbrauchbaren Maßstab darstellen.

§ 34 Abhängiges Konzernunternehmen kraft Rechtsform?

Die Frage, ob im Bereich des abhängigen Konzernunternehmens eine Unternehmensqualität kraft Rechtsform anzuerkennen ist ¹⁾, erlangt gemäß der hier vertretenen Auffassung in den Fällen Bedeutung, in denen eine Personengemeinschaft die Rechtsform der AG oder GmbH zum Zwecke der Ausübung einer Tätigkeit annimmt, die keine selbständige Teilnahme am Wirtschaftsleben darstellt. So ist es gedanklich und praktisch möglich, wenn es auch kaum vorkommen mag, daß ein der geistigen oder musischen Erbauung oder körperlichen Ertüchtigung seiner Mitglieder dienender Verein die Rechtsform einer Kapitalgesellschaft annimmt, ohne eine Leistungskonzeption - zum Beispiel durch die planmäßige kulturelle Betreuung von Bevölkerungsgruppen - zu verwirklichen. Solche Gemeinschaften dienen also ausschließlich dem Zweck der Befriedigung der Wünsche ihrer Mitglieder nach eigener kultureller oder

1) Bejehend Herrnring S. 104 f, Luchterhandt ZHR 132/153.

sportlicher Betätigung. Würde man ein abhängiges Konzernunternehmen kraft Rechtsform anerkennen, so könnten auch solche Kapitalgesellschaften abhängige Konzernglieder sein.

Hier gelten jedoch dieselben Argumente wie oben bei der Frage nach dem herrschenden Konzernunternehmen kraft Rechtsform ¹⁾. Der Gesetzeszweck des § 6 HGB gilt zwar für das Handelsverkehrsrecht, nicht aber für das Konzernrecht, so daß die Schlußfolgerung, die Rechtsform einer Kapitalgesellschaft sei unternehmensqualifizierend i.S. eines abhängigen Konzernunternehmens, unzutreffend ist.

§ 35 Gesellschaft bürgerlichen Rechts, Erbengemeinschaft, Verein.

Eine GbR kann abhängiges Konzernunternehmen sein, wenn die Gesellschafter gemeinschaftlich gewerblich im obigen ²⁾ Sinn oder freiberuflich tätig sind, also eine Leistungskonzeption verfolgen.

Dagegen besitzt eine GbR, in welcher nur die Aktienrechte oder die Stimmenmacht hinsichtlich einer AG zusammengefaßt sind (Stimmrechtskonsortien) ³⁾, mangels Leistungskonzeption nicht die Eigenschaften eines abhängigen Konzernunternehmens. Ob eine Holdinggesellschaft (bürgerlichen Rechts), in der mehrere Beteiligungen zusammengefaßt sind, abhängiges Konzernunternehmen sein kann, wird durch die spätere Beurteilung des Großaktionärs mit mehreren Beteiligungen mitbeantwortet.

1) S. 125 f

2) S. 88 f

3) vgl. oben S. 139 ff.

Ebenso sind eine Erbgemeinschaft oder ein Verein ¹⁾ nur dann in der Lage, ein abhängiges Konzernmitglied zu werden, wenn sie eine Leistungskonzeption verfolgen.

§ 36 Die Genossenschaft.

Die Frage, ob eine Genossenschaft ein abhängiges Konzernunternehmen sein kann, begegnet erheblichen, in der besonderen genossenschaftlichen Struktur begründeten Bedenken.

Gleichwohl wird in der Konzernrechtsliteratur die Unternehmensqualität der Genossenschaften - teils undifferenziert als Unternehmen i.S. der §§ 15 ff AktG ²⁾, teils differenziert als abhängiges Unternehmen ³⁾ - bejaht.

Ohne daß die rechtliche Zulässigkeit bereits berücksichtigt wird, soll von folgenden gedanklich möglichen Abhängigkeitsverhältnissen ausgegangen werden. Eine Genossenschaft könnte abhängig sein von einem Genossen (AG) oder von einer Zentralgesellschaft (AG), welche von mehreren gleichartigen Genossenschaften anstelle einer Zentralgenossenschaft gegründet wurde. Möglich ist auch die gemeinsame Gründung einer AG durch eine Erzeuger- und eine Konsumgenossenschaft zum Zwecke der Verarbeitung der von der Erzeugergenossenschaft gelieferten Produkte, bevor sie von der Konsumgenossenschaft übernommen und abgesetzt werden. ⁴⁾ In diesem Fall könnte die Abhängigkeit der Erzeugergenossenschaft darin begründet sein, daß die AG die ganze Produktion abnimmt und ein gleichwertiger Einfluß der Erzeugergenossenschaft auf die AG infolge der Beteili-

1) vgl. zur Vereinsbetätigung oben S. 199 f.

2) Baumbach-Rueck, § 15 Rdn. 3.

3) Herrnring S. 98, 105.

4) Der Verbund ungleichartiger Genossenschaften ist zulässig, wenn auch äußerst selten; vgl. Westermann in Festschrift Braheim S. 203.

gungsmehrheit der Konsumgenossenschaft ausgeschlossen ist. Schließlich könnte eine Genossenschaft auch von einem Lieferanten oder Abnehmer abhängig werden, ohne daß ein genossenschaftlicher Verbund besteht.

Was die praktische Ausgestaltung angeht, so könnte im ersten geschilderten Fall der Genosse seine Winwirkungsmöglichkeit auf die Genossenschaft durch Stimmrechtsbindungsverträge mit anderen Genossen sichern. Solche Stimmrechtsbindungsverträge sind auch im Genossenschaftsrecht zulässig.¹⁾ Dies gilt auch für die Vereinbarung der Stimmenthaltung.²⁾ Diese Verträge sind aber aus technischen Gründen nur bei einer Genossenschaft möglich, der verhältnismäßig wenige Genossen angehören, da jeder Genosse nur eine Stimme besitzt (§ 43 II GenG). In den beiden folgenden Fällen kann sich die Zentralgenossenschaft oder -Gesellschaft in Abwendung von der Regel des § 24 II 1 GenG eine entscheidende Mitwirkung bei der Bestellung des Vorstandes der Genossenschaft statutarisch einräumen lassen (§ 24 II 2 GenG). Die Genossenschaft kann sich auch vertraglich verpflichten, in einem bestimmten Rahmen Leitungsentscheidungen der Zentralgenossenschaft oder Gesellschaft zu befolgen.

Alle diese Gestaltungen schaffen bis zu einem gewissen Grad die Voraussetzungen für eine Einflußnahme auf die Genossenschaft bzw. eine Herrschaft über sie. Die Anfechtungsmöglichkeit gem. § 51 GenG³⁾ sowie eine im Statut festgesetzte Ausschlußmöglichkeit wegen (besonders) grober Verletzung der Treuepflicht des Mitgliedes gegenüber der Genossenschaft⁴⁾ sind keine entscheidenden Hindernisse für die Ausübung eines dauernden beherrschenden Einflusses auf die Genossenschaft. Nur die gesetzliche Pflicht der Genossenschaft zur Förderung des Erwerbes oder der Wirtschaft der Mitglieder mittels gemeinschaftlichen

1) arg. § 151 GenG

2) vgl. Paulick S. 247.

3) Als Anfechtungsgrund wird § 243 II 1 AktG entsprechend herangezogen; vgl. Meyer-Meulenbergh, § 51 Anm. 5.

4) Vgl. § 68 II GenG.

Geschäftsbetriebes (§ 1 I GenG), von welcher sich die Genossenschaft auch nicht durch eine entgegengesetzte Satzungsbestimmung befreien darf (§ 18 S. 2 GenG), ist geeignet, die völlige Unterwerfung der Genossenschaft unter außer-genossenschaftliche Zielsetzungen zu verhindern. Der Selbsthilfecharakter der Genossenschaft verbietet es nämlich, daß sie Ziele verfolgt, welche mit den Mitgliederbetrieben und Mitgliederwirtschaften in keinem wirtschaftlichen Zusammenhang stehen.¹⁾ Aus diesem Grund darf die Genossenschaft auch nicht ihren Charakter als Förderungsunternehmen verlieren und sich etwa zu einem Unternehmen entwickeln, das nur Gewinne zu erzielen sucht, um sie an ihre Mitglieder auszuschütten.²⁾ Einer Genossenschaft, welche sich von ihrem geschäftlichen Förderungszweck entfernt, droht die Auflösung (§ 81 I GenG).

Demnach untersagt § 1 I GenG nicht die Leitung der Genossenschaft durch das herrschende Unternehmen, sondern nur die Vernachlässigung des genossenschaftlichen Interesses. Sofern das herrschende Unternehmen den Förderungszweck der Genossenschaft respektiert, kann es diese also zu einem konzernfördernden Verhalten veranlassen.

37 Der Großaktionär mit mehreren Beteiligungen.

1. Im Dritten Kapitel wurde bei der Betrachtung des Großaktionärs mit mehreren Beteiligungen³⁾ davon ausgegangen, daß die beiden beispielhaft erwähnten abhängigen Aktiengesellschaften AG₁ und AG₂ jeweils eine finanzielle Konzeption verfolgen⁴⁾. Der GroßA war in diesem Falle gegen-

1) Loestermann in Festschrift Draheim S. 207.

2) Laulick S. 51.

3) oben § 24.

4) vgl. S. 155 f.

über beiden AGen herrschendes (Konzern-) Unternehmen, weil er aufgrund seiner Einflußmöglichkeiten die finanzielle Konzeption der einen AG gegenüber der anderen AG verfolgen konnte. Da jedoch die Untersuchungen im Vierten Kapitel gezeigt haben, daß auch eine AG ohne finanzielle Konzeption abhängiges Konzernunternehmen sein kann, ist der GroßA einer AG₁ mit finanzieller Konzeption auch herrschendes Konzernunternehmen gegenüber einer AG₂ ohne finanzielle Konzeption welche selbständig am Wirtschaftsleben teilnimmt. Bei dieser Fallkonstellation kann er nämlich die finanzielle Konzeption der AG₁ in die Leitungsentscheidungen der AG₂ einwirken lassen. Andererseits ist der GroßA kein herrschendes Konzernunternehmen gegenüber der AG₁, weil er ihr gegenüber keine finanzielle Konzeption verfolgt. Der Einfachheit halber wird im folgenden wieder davon ausgegangen, daß die von dem GroßA abhängigen AGen eine finanzielle Konzeption besitzen.

2. Unabhängig davon, welches finanzielle Interesse die von dem GroßA abhängigen AGen verfolgen, kann der GroßA selbst sich seiner Unabhängigkeit begeben. So kann er mit einem anderen Aktionär oder einem Lichtakt-ionär, welche die Qualifikation eines herrschenden Konzernunternehmens besitzen, vereinbaren, daß er seinen Einfluß auf eine der beiden AGen (auf die AG₁) nur auf Weisung und im Interesse des anderen geltend machen werde.

Durch eine solche Vereinbarung oder andere abhängigkeitsbegründende Tatsachen kann der GroßA jedoch nicht zum abhängigen Konzernunternehmen werden; er verfolgt keine eigene Leistungskonzeption.

Die bezeichnete Vereinbarung hat nur zur Folge, daß der GroßA seine Eigenschaft als herrschendes Konzernunternehmen verliert. Denn bestimmt der GroßA infolge seiner Bindung an den Willen des Dritten nicht mehr das Schicksal der AG₁, so wird er - wie im Fall einer zweiten unerheblichen Beteiligung ¹⁾ - das Interesse der AG₁ vernünftiger-

1) vgl. oben S. 150.

weise nicht mehr gegenüber der AG₂ verfolgen. Damit verliert der GroBA mit Zweitbeteiligung seine Konzernunternehmensqualität einerseits gegenüber der AG₂, weil der das Interesse der AG₁ auf sie vernünftigerweise nicht mehr einwirken läßt, andererseits aber auch gegenüber der AG₁, weil er das Interesse der AG₂ auf sie nicht mehr einwirken lassen darf bzw. kann. Der GroBA mit Zweitbeteiligung ist in diesem Falle nicht mehr herrschendes Konzernunternehmen. Gegenüber der AG₁ ist herrschendes Konzernunternehmen der Dritte, der Unternehmensqualität besitzt; der GroBA ist nur herrschende Person. Auch gegenüber der AG₂ ist der GroBA dann nur wie ein "privater" GroBA ¹⁾ herrschende Person. Abhängiges Konzernunternehmen wird der GroBA mit Zweitbeteiligung also nicht.

3. Hier ist nun zu fragen, ob eine Holdinggesellschaft (AG, GmbH) abhängiges Konzernunternehmen sein kann, wenn sie sich ausschließlich darauf beschränkt, ihre Beteiligungen an mehreren Unternehmen zu verwalten und - sofern dies möglich ist - diese Unternehmen zu leiten. Sie selbst kann von einem anderen Unternehmen abhängig sein, welches mehrheitlich an ihm beteiligt ist.

Diese Holdinggesellschaft kann nicht deshalb als abhängiges Konzernunternehmen i.S. der konzernrechtlichen Schutzvorschriften betrachtet werden, weil sie die Rechtsform einer Kapitalgesellschaft besitzt. ²⁾

Sie nimmt auch nicht selbständig am Wirtschaftsleben teil, so wie diese Teilnahme hier verstanden wird, nämlich als Teilnahme an der Produktion oder Verteilung von Waren und Dienstleistungen, als die Verwirklichung einer Leistungskonzeption ³⁾. Sie übernimmt insbesondere keine Dienstleistungen für das an ihr mit Mehrheit beteiligte Unternehmen, auch wenn dieses seine Beteiligungen erst auf sie

1) vgl. oben S. 15, S. 116 ff.

2) vgl. oben S. 18, S. 125 f.

3) vgl. S. 100, 104, 120, 192.

(die Holdinggesellschaft) übertragen hat. Dies ist deshalb nicht möglich, weil die Holdinggesellschaft Beteiligungen verwaltet, die in ihrem Eigentum stehen, eine Dienstleistung für das mit Mehrheit beteiligte Unternehmen aber voraussetzen würde, daß die Beteiligungen diesem Unternehmen gehören. Die Tatsache, daß sie im Interesse des mit Mehrheit beteiligten Unternehmens tätig wird, kann bei dieser Frage nicht dazu führen, die rechtliche Situation unberücksichtigt zu lassen und allein auf die wirtschaftlichen Zusammenhänge abzustellen.

Die Holdinggesellschaft ist demnach wie ein GroßA (nat. Person) mit mehreren Beteiligungen zu beurteilen. Dies gilt auch für eine Holdinggesellschaft in der Rechtsform einer GbR. Eine Holdinggesellschaft kann also kein abhängiges Konzernunternehmen sein. Sie ist nur abhängige Person. Das an der Holdinggesellschaft mit Mehrheit beteiligte Unternehmen ist unmittelbar herrschendes Unternehmen gegenüber den Gesellschaften, an denen die Holdinggesellschaft erheblich beteiligt ist.

§ 38 Der Treuhänder.

Der Treuhänder, der eine oder mehrere Beteiligungen als Treugut besitzt, kann wegen Fehlens einer Leistungskonzeption ebenfalls kein abhängiges Konzernunternehmen sein. Dies trifft selbst dann zu, wenn der Treuhänder außer der Treuhandverwaltung im eigenen Interesse eine gewerbliche oder freiberufliche Tätigkeit ausübt, da Weisungsabhängigkeit und Treupflicht sich nur auf die Beteiligung(en) als Treugut beziehen.

Zusammenfassung.

=====

1. Die Untersuchung des Begriffs des herrschenden Konzernunternehmens hat gezeigt, daß dessen entscheidendes Merkmal die Verfolgung einer finanziellen Konzeption (Gewinn-, Kostendeckungs- oder Zuschußkonzeption) ist. Sie ist in der Regel eine eigene, beim Großaktionär mit Zweitbeteiligung eine fremde. Die Verfolgung einer finanziellen Konzeption setzt die Absicht der Erzielung von Erträgen voraus. Wer bei der selbständigen Teilnahme am Wirtschaftsleben Leistungen anbietet, ohne Erträge erzielen zu wollen, weist also nicht die Eigenschaft eines herrschenden Konzernunternehmens auf.

Herrschende Konzernunternehmen können demnach diejenigen sein, welche die gewerblichen Tätigkeiten der auf Seite 88 ff geschilderten Art sowie einen freien Beruf ausüben, auch wenn der Umfang dieser Tätigkeit nur gering ist. Diesen Betätigungen können sich Personen und Personengruppen jeder Rechtsform widmen. GbR und Erbengemeinschaft sind auch dann herrschende Konzernunternehmen, wenn sie nur der Vergemeinschaftung der Stimmrechte oder der Stimmenmacht sowie des damit einhergehenden beherrschenden Einflusses dienen, ihre Mitglieder Unternehmenscharakter im hier verstandenen Sinne besitzen, und die Gesellschaft bzw. Gemeinschaft von keinem ihrer Mitglieder beherrscht wird. Juristische Personen öffentlichen Rechts und rechtlich selbständige öffentliche Sondervermögen sind nur herrschende Konzernunternehmen, soweit sie eine finanzielle Konzeption verfolgen, da für ihr Handeln das Haushaltsinteresse eine besonders große Bedeutung besitzt und dies nicht unberücksichtigt bleiben darf.

Ein Großaktionär, der eine weitere erhebliche Beteiligung besitzt und beide Unternehmen, welche eine finanzielle Konzeption verfolgen, beherrscht bzw. faktisch leitet, ist

ebenfalls herrschendes Konzernunternehmen. Verfolgt nur das eine Unternehmen eine finanzielle Konzeption, so ist der Großaktionär nur gegenüber dem anderen Unternehmen herrschendes Konzernunternehmen.

Hinsichtlich des Alleinaktionärs gelten keine Besonderheiten; auch Gemeinden können herrschende Konzernunternehmen gegenüber ihren Eigengesellschaften sein.

Auch die nicht auf Beteiligungsbesitz bzw. Stimmenmacht beruhende faktische Herrschaft bewirkt eine konzernmäßige Abhängigkeit, falls der Herrschende eine finanzielle Konzeption verfolgt. Dasselbe gilt für den Partner eines Beherrschungsvertrages. Ebenso ist die eingliedernde Hauptgesellschaft nur im Falle der Existenz einer finanziellen Konzeption herrschendes Konzernunternehmen.

Kein herrschendes Konzernunternehmen, sondern nur herrschende Person ist der Groß- oder Alleinaktionär, der keine eigene finanzielle Konzeption und keine fremde finanzielle Konzeption eines aufgrund eines Beteiligungs- oder sonstigen faktischen Verhältnisses von ihm abhängigen zweiten Unternehmens verfolgt. Der weisungsabhängige Treuhänder einer Großbeteiligung ist ebenfalls kein herrschendes Konzernunternehmen; dies kann nur der die Entscheidungen fällende Treugeber sein. Die Rechtsform der Kapitalgesellschaft vermittelt nicht die Eigenschaft eines herrschenden Konzernunternehmens.

2. Abhängiges Konzernunternehmen ist jeder, der selbständig am Wirtschaftsleben teilnimmt, indem er eine Leistungskonzeption verwirklicht, d.h. Waren und Dienstleistungen produziert oder verteilt, unabhängig vom Umfang seiner Tätigkeit. Dazu zählen auch freie Berufe, sofern sie sich in eine Abhängigkeit begeben dürfen.

Auch abhängige Konzernunternehmen können jede Rechtsform besitzen. Das abhängige Konzernunternehmen aufgrund Beherrschungsvertrages muß eine AG oder KGaA, das eingegliederte abhängige Konzernunternehmen eine AG sein.

Juristische Personen öffentlichen Rechts und Genossenschaften können aufgrund ihrer Teilnahme am Wirtschaftsleben insoweit abhängige Konzernunternehmen sein, als der von ihnen verfolgte öffentliche bzw. Genossenschaftszweck nicht beeinträchtigt wird. GbR und Erbengemeinschaft sind abhängige Konzernunternehmen, wenn sie selbst eine eigene Leistungskonzeption verwirklichen, nicht dagegen als Stimmrechtsgemeinschaften.

Kein abhängiges Konzernunternehmen ist der Großaktionär mit Zweitbeteiligung oder sonstiger Abhängigkeit eines zweiten Unternehmens. Ebenso wenig der Treuhänder. Die Rechtsform der Kapitalgesellschaft vermittelt auch nicht die Eigenschaft eines abhängigen Konzernunternehmens.

3. Die Untersuchung hat gezeigt, daß man unterscheiden muß zwischen dem Unterordnungskonzern als wirtschaftlichem Gebilde bzw. bei wirtschaft(swissenschaft)licher Betrachtung einerseits und dem Unterordnungskonzern im Sinne der Schutzvorschriften des Dritten Buches des Aktiengesetzes andererseits. Die beiden Konzernbegriffe decken sich regelmäßig, müssen jedoch nicht immer übereinstimmen.

Keine Konzernbeziehung im wirtschaftlichen Sinn, wohl aber im Rechtssinn ist gegeben zwischen dem Großaktionär zweier Aktiengesellschaften, welche eine finanzielle Konzeption verfolgen, und jeder der beiden Gesellschaften.

Andererseits ist ein Konzern im wirtschaftlichen Sinn nicht immer ein Konzern im rechtlichen Sinne, so daß die konzernrechtlichen Schutzvorschriften des Dritten Buches des Aktiengesetzes nicht für jeden Unterordnungskonzern im wirtschaftlichen Sinne gelten. Sie sind nicht anwendbar auf solche Konzernbeziehungen, bei denen keine finanzielle Konzeption des oder durch den Herrschenden auf die abhängige AG einwirken kann; so also nicht

bei Abhängigkeit von einem Konzernunternehmen ohne eigene finanzielle Konzeption und

bei Abhängigkeit von einem Groß- oder Alleinaktionär mit Zweitbeteiligung, "dessen" zweites Unternehmen keine finanzielle Konzeption verfolgt.

Ist jemand Großaktionär zweier Aktiengesellschaften, die beide keine finanzielle Konzeption verfolgen, so ist er gegenüber keiner der beiden Aktiengesellschaften herrschendes Konzernunternehmen. Leitet er sie dennoch einheitlich, so ist er trotzdem nur herrschende Person; die beiden Aktiengesellschaften können nur einen Gleichordnungskonzern bilden.

LEBENS LAUF

Am 18. Juni 1940 wurde ich als Sohn des Theodor Birlenbach und seiner Ehefrau Else geb. Heidersdorf in Holzheim bei Diez geboren. Ich besuchte die dortige Volksschule und anschließend die Tileman-Schule in Limburg, wo ich das Abitur im Februar 1961 bestand. Seit dem Sommersemester 1961 studierte ich Rechtswissenschaft an den Universitäten in Frankfurt, Berlin, Saarbrücken und Mainz. Dort bestand ich im Oktober 1966 die Erste Juristische Staatsprüfung und nach Ableistung des Referendardienstes in Rheinland-Pfalz im Januar 1972 die Zweite Juristische Staatsprüfung. Seit März 1972 bin ich Regierungsrat zur Anstellung in der Steuerverwaltung des Landes Rheinland-Pfalz.

Dissertationsdruck
Schmitt & Meyer

Würzburg Ludwigkai 28a Tel. 7 23 80

Dissertationsdruck
Schmitt & Meyer

Würzburg Ludwigkai 28a Tel. 7 23 80